PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME TRENTE ET UNIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878

TITRE XIX.

(TITRE XVIII DU CODE CIVIL.)

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (suite).

CHAPITRE IV.

DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (1).

---

§ Ier. *Où et par qui se fait l'inscription.*

1. L'article 82 (code civil, art. 2146) porte : « Les inscriptions se font au bureau du conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque. » Il y a un bureau de conservation dans chaque arrondissement judiciaire (loi du 21 ventôse an VII) ; à ce bureau doivent être inscrites les hypothèques qui grèvent les biens situés dans l'arrondissement. C'est une manière très-simple d'assurer aux hypothèques une publicité réelle. Il fallait d'abord faciliter l'inscription en mettant un bureau à la portée des créanciers qui doivent la requérir. On ne pouvait pas trop multiplier les bureaux, parce qu'il en serait résulté la né-

(1) Baudot, *Traité des formalités hypothécaires.*

cessité fréquente de prendre plusieurs inscriptions pour une seule hypothèque, quand les biens auraient été situés dans divers arrondissements. On ne pouvait pas non plus centraliser les inscriptions dans un bureau unique ou dans des bureaux trop étendus : c'eût été rendre les recherches trop difficiles et plus frayeuses, et par conséquent manquer le but que le législateur a en vue. En établissant un bureau par arrondissement, on le rapproche des parties intéressées et on facilite les recherches. Il est vrai qu'il peut néanmoins arriver que les biens hypothéqués soient situés dans plusieurs arrondissements ; il faut, dans ce cas, des inscriptions dans chaque bureau, quand même le chef-lieu de l'exploitation se trouverait dans un arrondissement et des terres qui en dépendent dans un arrondissement voisin. S'il n'y avait d'inscriptions que dans le bureau du chef-lieu, ceux qui consulteraient les registres du bureau voisin, n'y voyant pas d'inscription, devraient croire que les terres situées dans cet arrondissement sont libres ; ils seraient par conséquent trompés (1).

2. Quel serait l'effet de l'inscription prise dans un autre bureau que celui où, d'après la loi, elle devrait être faite? Cette inscription serait absolument inefficace ; c'est comme si elle n'avait pas été requise, quand même elle aurait été portée sur un registre par le conservateur des hypothèques. La commune où les biens hypothéqués sont situés est mal désignée dans l'acte, la même erreur est reproduite dans les bordereaux et dans l'inscription, laquelle se fait dans un bureau où elle ne peut pas se faire. Celle-ci sera inexistante, parce que l'inscription est destinée à donner de la publicité à l'hypothèque, et, dans l'espèce, l'inscription ne procure aucune publicité, parce qu'elle n'est pas faite sur les registres que les tiers doivent consulter ; or, une inscription sans publicité n'est pas une inscription (2).

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° I (t. XV, p. 53 et suiv.). Pont, t. II, p. 295, nos 866 et 867. Aubry et Rau, t. III, p. 288, note 3, § 268.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° IV.

§ II. *Qui peut requérir l'inscription?*

3. L'article 83 (code civil, art. 2148) suppose que l'inscription est requise par le créancier. Telle est, en effet, la règle quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle ou testamentaire. Il est naturel que la formalité sans laquelle l'hypothèque reste inefficace soit accomplie par celui qui a stipulé l'hypothèque; s'il a eu soin d'acquérir une garantie hypothécaire, sans laquelle il n'aurait point traité, il doit veiller aussi à lui donner effet en la rendant publique. Et il est tout aussi naturel que le légataire requière l'inscription de l'hypothèque qui garantit le payement du legs, s'il trouve bon de l'accepter.

La règle s'applique aussi aux hypothèques légales, en ce sens que le créancier, quoique incapable, peut demander l'inscription de l'hypothèque que la loi lui confère; mais comme la loi donne une hypothèque aux mineurs et aux femmes mariées, à raison de leur incapacité, elle a dû prévoir que les créanciers ne songeraient pas même à conserver un droit dont le plus souvent ils ignorent l'existence. Ce n'est donc pas le créancier qui, régulièrement, fera inscrire l'hypothèque légale, ce sont les personnes que la loi charge de ce soin, ou qui en sont chargées en vertu de la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées.

4. L'inscription peut être prise ou renouvelée par les héritiers du créancier. C'est l'application du droit commun. La créance passe aux héritiers, donc aussi le droit de la conserver, en rendant l'hypothèque efficace ou en maintenant son efficacité. S'il n'y a qu'un héritier, il n'y a aucune difficulté; mais quand le défunt laisse plusieurs héritiers, il y a un état d'indivision qui précède le partage. Nous avons dit ailleurs quels sont les droits des cohéritiers pendant l'indivision. Le droit qu'ils ont sur tous les biens de l'hérédité leur donne certainement qualité pour faire les actes conservatoires; chacun peut donc requérir inscription de l'hypothèque qui garantit une créance héréditaire; l'inscription se fera au nom des héritiers du créancier, sans

qu'on doive les désigner nominativement; cela pourrait être impossible. On peut invoquer par analogie l'article 86 (code civil, art. 2149), qui permet de prendre inscription sur les biens d'une personne décédée, sous la simple désignation du défunt (1).

Quand le partage est fait, le droit que les héritiers ont pendant l'indivision cesse; celui au lot duquel la créance est mise est censé avoir toujours été seul propriétaire de la créance; lui seul peut donc requérir l'inscription de l'hypothèque; les autres héritiers n'ont plus aucune qualité à cet effet. Cependant de bons auteurs enseignent que l'inscription prise par les cohéritiers, même après le partage, serait valable, parce que les tiers sont sans intérêt à ce que l'inscription soit faite plutôt par l'un des héritiers que par les héritiers collectivement (2). A notre avis, c'est mal poser la question. Il s'agit de savoir qui a le droit de requérir l'inscription; or, après le partage, il n'y a plus d'intérêts collectifs à sauvegarder; il faut donc que l'inscription soit requise par le créancier ou en son nom. On se trouve sous l'empire du droit commun tel que nous allons l'exposer.

5. Les incapables sont représentés par les administrateurs que la loi charge de veiller à leurs intérêts : tels sont les tuteurs, les maris administrateurs et tous ceux qui sont établis par la loi ou en vertu de la loi pour administrer les biens d'autrui. Non-seulement ils peuvent requérir l'inscription des hypothèques au nom de ceux dont ils gèrent les intérêts, mais ils le doivent; car leur premier devoir est de conserver le patrimoine qu'ils sont appelés à administrer (3).

Le mandat peut aussi être conventionnel; l'article 83 (code civil, art. 2148) suppose que l'inscription est requise soit par le créancier lui-même, soit par un *tiers*, ce qui implique que le tiers agit au nom du créancier. Ré-

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 318, note 2, § 270.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 317, note 1, § 270. En sens contraire, Persil, t. II, p. 33, art. 2148, § I, n° 3.

(3) Merlin, *Répertoire,* au mot *Inscription hypothécaire,* § V, n° v.

gulièrement le tiers doit être muni d'un pouvoir; la procuration reste dans les termes du droit commun (art. 1985), puisque la loi n'y déroge pas. Il n'en est pas de l'inscription comme de la constitution de l'hypothèque; celui qui la requiert ne contracte pas, il ne manifeste aucun consentement, il remplit une formalité de conservation; voilà pourquoi ceux qui sont incapables de consentir peuvent néanmoins prendre inscription de l'hypothèque. Il faut donc décider que la procuration peut être verbale. On a remarqué que la loi autorise les tiers à faire inscrire l'hypothèque au nom du créancier, sans même parler d'un mandat; il suffit que celui qui requiert l'inscription soit porteur des pièces qu'il doit, d'après l'article 83 (code civil, art. 2148), représenter au conservateur. Nous dirons plus loin que cette représentation même n'est point de rigueur; seulement le conservateur pourrait refuser d'inscrire, si celui qui se présente ne se conforme pas à la loi (1).

Le mandat peut être tacite. Il arrive assez souvent que les parties intéressées qui ignorent le droit chargent le notaire de prendre inscription. Ce mandat ne doit pas être exprès, le consentement du créancier et du notaire peut se manifester par des faits. Mais il ne faut pas poser en principe que le notaire est, par la force des choses, le mandataire des parties illettrées qui placent en lui leur confiance; le mandat tacite comme le mandat exprès, quoiqu'il soit confié à un notaire, reste dans les termes du droit commun (2). On applique le même principe au mandat donné à l'avoué (3). Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre du *Mandat*.

L'usufruitier a qualité et même en un certain sens le devoir de prendre les inscriptions et de les renouveler. C'est ce que Proudhon établit très-bien. L'usufruitier, dit-il, doit prendre inscription en son nom propre et sous sa qualité, puisqu'il est créancier des intérêts auxquels il a droit

(1) Martou, t. III, p. 149, n° 1050. Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° v. Aubry et Rau, t. III, p. 321, note 16, § 270.
(2) Martou, t. III, p. 150, n° 1051. Aubry et Rau, t. III, p. 320, note 15, § 270.
(3) Toulouse, 5 mai 1875 (Dalloz, 1876, 2, 155).

jour par jour, et même du capital, s'il devient exigible pendant la durée de l'usufruit. Il doit aussi la prendre au nom du nu propriétaire de la créance, parce qu'il est le gardien des droits de celui-ci et que les titres de créance lui étant remis, il est tenu de faire tous les actes conservatoires (1). Quant au principe d'où découle cette obligation de l'usufruitier, nous renvoyons au titre qui est le siége de la matière.

6. Faut-il un mandat, ou un tiers peut-il requérir inscription comme chargé d'affaires? Tarrible répond oui, mais en hésitant. Il est certain que l'on a singulièrement abusé de la gestion d'affaires, notamment en matière d'hypothèques; toutefois la véritable gestion d'affaires peut se présenter. Tarrible en donne un exemple. Un créancier a différé, pour ménager le crédit de son débiteur, de prendre inscription. Pendant son absence, il devient urgent d'inscrire l'hypothèque pour sauver la créance; un parent ou un ami le peut-il? Voilà l'hypothèse de la gestion d'affaires (2). Encore Tarrible n'a-t-il pas tort d'hésiter; en effet, il s'agit de savoir si le conservateur est obligé d'inscrire sur la réquisition d'un tiers sans qualité. Qu'il le puisse, cela est certain, mais qu'il le doive, cela est douteux; du moins faut-il admettre la restriction qui résulte des termes de la loi, c'est qu'il a le droit d'exiger que le tiers présente les titres qui doivent lui être remis lors de l'inscription. La cour de cassation a donc décidé en termes trop absolus que l'article 2148 (loi hyp., art. 83) admet les tiers, sans aucune distinction et sans exiger qu'ils justifient d'aucun mandat, à requérir l'inscription d'une hypothèque (3).

7. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'inscription avait été prise par le conservateur des hypothèques. La cour rappelle que le conservateur est tenu de prendre d'office une inscription du privilége du vendeur,

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, p. 27, n° 1038.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° v (t. XI, p. 55 et suiv.). Persil, t. II, p. 26, n° 111. Aubry et Rau, t. III, p. 321. Martou, t. III, p. 149, n° 1050.

(3) Rejet, chambre civile, 13 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1456, 1°).

et notre loi a étendu cette obligation à tous les priviléges qui résultent d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers soumis à la transcription. De là on ne doit pas conclure qu'il lui est défendu d'en prendre une, sans en avoir été requis, pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle, dans l'intérêt d'autrui. Aucune loi ne le lui défend, il reste donc sous l'empire du droit commun, qui permet à tout tiers de requérir, sans mandat, l'inscription d'une hypothèque. On objectait les articles 2134, 2148, 2198, 2109 du code civil et 834 du code de procédure civile, qui supposent que l'inscription est prise par le créancier; la cour répond que ces articles ne statuent que sur les cas qui se présentent le plus ordinairement, ce qui n'exclut pas les tiers, lesquels, d'après l'article 2148, peuvent prendre cette mesure conservatoire. On objectait encore que la loi exigeait que le conservateur fît l'inscription sur les bordereaux qui lui sont présentés. Nous reviendrons plus loin sur cette formalité; la cour dit avec raison qu'elle n'est point substantielle. La chambre civile conclut que l'arrêt attaqué, en décidant que l'inscription litigieuse n'était pas nulle pour n'avoir pas été prise par le conservateur, n'avait violé aucune loi. Il y a un arrêt dans le même sens de la cour d'Agen (1); la cour dit formellement que le conservateur est réputé avoir agi, non comme officier public, mais comme particulier, de même qu'aurait pu le faire tout autre tiers, à titre de gérant d'affaires. La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens (2). Nous ne connaissons que deux arrêts en sens contraire, l'un émané de la cour de Poitiers; elle a annulé une inscription que le conservateur avait prise, par le motif qu'aucune loi ne lui donnait ce pouvoir (3).

La doctrine ne s'est pas prononcée en termes aussi absolus que la jurisprudence. Il est certain que l'article 2148 (loi hyp., art. 83) suppose que le conservateur fait l'inscription sur une réquisition du créancier ou d'un tiers qui

(1) Agen, 4 janvier 1854 (Dalloz, 1855, 2, 41).
(2) Gand, 11 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 213).
(3) Poitiers, 1er juillet 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 662). Nîmes, 29 novembre 1854 (Sirey, 1855, 2, 512).

agit au nom du créancier; ce qui exclut l'initiative du conservateur, et par conséquent le met hors du droit commun que la jurisprudence invoque. Le droit commun, d'ailleurs, ne permet pas au premier venu de requérir une inscription hypothécaire; si tel était l'esprit de la loi, elle aurait certainement donné à tout tiers le pouvoir de prendre inscription de l'hypothèque légale, tandis qu'elle ne donne ce droit qu'à certaines personnes; elle est donc restrictive. C'est ainsi que le code Napoléon autorisait les amis du mineur à prendre inscription, pour lui, de son hypothèque légale (art. 2139), tandis que la loi belge ne reproduit pas cette disposition. La loi confère ce pouvoir à certains magistrats, elle ne le donne pas au conservateur qui, par la nature de ses fonctions, semblait désigné pour rendre ce service aux incapables. Il faut conclure de là que le conservateur n'a pas qualité, et qu'il doit s'abstenir. C'est le conseil que lui donnent MM. Aubry et Rau. Reste à savoir si l'inscription que le conservateur prendrait est nulle. Sur ce point, il y a quelque doute. On peut dire que les conservateurs étant sans qualité, la formalité est censée n'avoir pas été remplie. Si l'inscription était un acte solennel, il faudrait le décider ainsi sans hésiter; mais tel n'est point le caractère de la publicité prescrite par la loi; elle ne déclare pas l'inscription nulle dans le cas où les formalités qu'elle prescrit n'auraient pas été observées; la loi belge pose au contraire comme principe que l'omission de l'une ou de plusieurs des formalités prescrites par l'article 83 (code civil, art. 2148) n'entraîne la nullité de l'inscription que s'il en résulte un préjudice pour les tiers (art. 85). Ce que la loi dit des vices de forme doit être appliqué, à plus forte raison, au défaut de qualité de ceux qui requièrent l'inscription. On suppose que l'hypothèque est valable et que l'inscription l'est aussi, quoiqu'elle ait été requise par un tiers sans qualité. De quoi les tiers se plaindraient-ils (1)?

8. Si le créancier cède son droit, le cessionnaire pourra requérir l'inscription et la renouveler; cela est d'évidence

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 321 et suiv., notes 20 et 21, § 270, et les autorités qu'ils citent.

quand la cession a pour objet la créance garantie par le privilége ou l'hypothèque, puisque la cession d'une créance comprend tous les droits accessoires; et le plus naturel de ces droits est certes la faculté de prendre les mesures légales prescrites pour la conservation de la créance (1). Il se présente cependant quelques difficultés dans l'application du principe.

On demande d'abord si le cessionnaire peut requérir l'inscription avant d'avoir signifié la cession au débiteur, et d'après la loi belge, il faut ajouter, avant de l'avoir rendue publique par la voie de l'inscription (2). La cour de cassation s'est prononcée pour la validité de l'inscription. Entre le cédant et le cessionnaire, la cession s'opère par le seul concours de consentement, de même que toute vente; et dès qu'elle est parfaite, elle transfère la propriété de la créance au cessionnaire; celui-ci doit donc avoir le droit de conserver la créance dont il est devenu propriétaire. On objecte l'article 1690, aux termes duquel le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification, et on peut objecter aussi la loi belge, d'après laquelle le cessionnaire ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par l'inscription sur les registres du conservateur. Tant qu'il n'a pas rempli ces formalités, dit-on, la cession n'existe pas à l'égard des tiers; c'est le cédant qui reste propriétaire de la créance, donc lui seul a qualité pour requérir l'inscription. C'est pour ce motif que la cour de Nîmes avait annulé l'inscription. La cour de cassation répond que le défaut de signification (ou d'inscription) ne peut être opposé que par les tiers, à l'égard desquels le cessionnaire n'est point saisi; ces tiers sont le débiteur de la créance, un subséquent cessionnaire et les créanciers du cédant; mais le droit des tiers n'empêche pas que le cessionnaire soit propriétaire et puisse, à ce titre, faire tous les actes nécessaires pour la conservation de la créance. Dira-t-on que l'inscription est prescrite dans l'intérêt des tiers? Sans

(1) Grenoble, 13 mars 1858 (Dalloz, 1858, 2, 177).

(2) Il ne faut pas confondre la question spéciale de l'inscription avec la question de savoir si, en général, le cessionnaire peut faire les actes conservatoires. Voyez, sur ce point, mon t. XXIV, nos 518-520.

doute, mais ce serait très-mal raisonner que d'en conclure que le cessionnaire ne peut faire inscrire l'hypothèque tant qu'il n'est pas devenu propriétaire à l'égard des tiers ; l'inscription de l'hypothèque a pour unique but de conserver l'hypothèque, et elle la conserve pour celui qui sera propriétaire de la créance; le nom du cessionnaire, dit la cour, ne doit pas même y figurer ; si un débat s'élève sur la propriété de la créance, il est décidé par les dispositions du code civil et de la loi hypothécaire concernant les effets de la cession à l'égard des tiers; quant à l'hypothèque, elle sera conservée pour celui qui sera propriétaire (1).

Il y a une autre difficulté. Le cessionnaire a signifié la cession : peut-il encore prendre inscription au nom du cédant? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative. On convient néanmoins qu'il serait plus régulier que l'inscription fût prise au nom du cessionnaire, puisque après la signification il est le véritable créancier par rapport à tous. Pourquoi donc lui permet-on de requérir inscription au nom du cédant qui est devenu tout à fait étranger à la créance? Les motifs que Duranton donne sont fort étranges : « On ne peut pas rétorquer contre le cessionnaire une qualité qui est toute dans son intérêt. » C'est très-mal poser la question. Qui peut, en principe, requérir l'inscription? Le créancier, ou un tiers en son nom. Or, c'est le créancier qui se présente, il n'y a donc aucun motif pour qu'il ne fasse pas l'inscription en son nom. Après cela, Duranton invoque le droit romain, d'après lequel le cessionnaire n'est qu'un mandataire, *procurator in rem suam* (2). Nous répondons que l'argument était excellent à Rome, mais qu'il est mauvais sous l'empire du code Napoléon, qui rejette sur ce point ce que les auteurs français appellent les subtilités romaines. L'inscription ne peut être validée que par le motif que la loi n'en prononce pas la nullité; en effet, les inscriptions ne

(1) Cassation, 25 mars 1816 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1499. 4°). Aubry et Rau, t. III, p. 318, note 3, et les autorités qu'ils citent. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1499, 4°.

(2) Duranton. t. XX, p. 154, n° 95, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 318, note 4, § 270.

sont nulles que dans l'intérêt des tiers, quand elles leur causent un préjudice; or, il n'y a pas de préjudice dans l'espèce.

Enfin, on s'est prévalu de l'article 2152, pour exiger que la cession soit authentique pour que le cessionnaire puisse requérir l'inscription en son nom. D'après cet article, le cessionnaire ne peut changer le domicile élu par le cédant que si la cession est constatée par un acte authentique; par identité de raison, a-t-on dit, il ne peut requérir l'inscription qu'en vertu d'un acte authentique qui établisse sa qualité. C'était mal raisonner. On admet un tiers sans titre à requérir l'inscription, et on refuserait au cessionnaire de requérir inscription, alors que la cession serait constatée par un acte sous seing privé! Ce serait une anomalie inexplicable (1). Nous n'insistons pas, parce que la loi belge (art. 83), qui reproduit l'article 2182, n'a pas maintenu la condition d'authenticité.

9. Le créancier à qui le débiteur délègue une créance, peut-il prendre inscription en son nom? La délégation est une simple indication d'un tiers pour recevoir la somme déléguée; elle ne forme donc pas un titre de créance au profit du délégataire, jusqu'à ce que la délégation ait été acceptée. Il a été jugé, en conséquence, que le délégataire ne peut pas prendre inscription; la cour de Caen a annulé l'inscription prise par un simple délégataire, et sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet (2). La décision nous paraît rigoureuse. On valide l'inscription prise par le conservateur, sans qu'il ait un titre, et bien que le texte de la loi semble l'exclure; le délégataire, s'il n'est pas créancier, a au moins un droit à sauvegarder; dans l'espèce, il touchait les intérêts de la somme déléguée : n'est-ce pas un titre suffisant pour faire un acte conservatoire?

10. Les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur; à plus forte raison peuvent-ils les conserver

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 318, note 5, § 270, et en sens divers, les autorités qu'ils citent.

(2) Rejet, chambre civile, 21 février 1810 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1502). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. III, p. 318, note 6, et les autorités qu'ils citent.

en prenant inscription pour les hypothèques qui y sont attachées. Ce droit est consacré par l'article 778 du code de procédure, d'après lequel tout créancier pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur. Faut-il conclure de là, comme le fait Tarrible, que les créanciers peuvent requérir l'inscription en leur nom propre (1)? Non, car l'article 778 n'est qu'une application du principe établi par l'article 1166; or, les créanciers qui exercent les droits de leur débiteur agissent en son nom, c'est donc aussi en son nom qu'ils doivent requérir l'inscription hypothécaire.

La loi du 18 avril 1851 sur les faillites (art. 487), contient une disposition analogue. A compter de leur entrée en fonctions, les curateurs sont tenus, sous leur responsabilité personnelle, de faire tous les actes pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs. Par application de cette obligation, ils doivent requérir l'inscription des hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli; l'inscription est prise au nom de la masse, par les curateurs, qui doivent justifier de leur qualité, en joignant aux bordereaux un certificat du greffier constatant leur nomination.

§ III. *Sur qui l'inscription doit-elle être prise?*

11. Les inscriptions hypothécaires sont prises sur les personnes et non sur les biens, en ce sens que ce sont les propriétaires qui ont au bureau des hypothèques un compte ouvert où se trouvent mentionnées les charges dont leurs biens sont grevés. C'est donc sur les propriétaires dont les biens sont hypothéqués que l'inscription doit être prise. D'ordinaire, c'est le débiteur qui donne ses biens en hypothèque, de sorte que l'inscription fait connaître tout ensemble le débiteur personnel et le propriétaire dont les biens sont hypothéqués. Mais il se peut que l'hypothèque soit consentie par un tiers sur ses biens, dans l'intérêt du dé-

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° V (t. XI, p. 57). En sens contraire, Duranton, t. XX, p. 146, n° 90; Martou, t. III, p. 152, n° 1054; Aubry et Rau, t. III, p. 319, note 9, § 270.

biteur (1); dans ce cas, le propriétaire dont les biens sont grevés est distinct du débiteur personnel. Sur qui faudra-t-il prendre inscription? L'article 83, 2° (code civil, art. 2148, 2°) veut que l'inscription indique le *débiteur*, qui est ensuite désigné par cette expression : « l'individu grevé d'hypothèque ». La cour de cassation de Belgique en a conclu, avec raison, que le débiteur, dans le sens de la loi hypothécaire, est celui dont les biens sont hypothéqués. Donc quand c'est un tiers qui constitue l'hypothèque, l'inscription doit être prise sur le propriétaire des biens (2). Quel est le but de la publicité à laquelle la loi soumet les hypothèques? C'est de faire connaître aux tiers les charges qui grèvent les biens de la personne avec laquelle ils se proposent de traiter; lors donc que l'hypothèque est consentie, non par le débiteur, mais par une tierce personne, c'est ce propriétaire que les tiers ont intérêt à connaître, c'est donc lui qui doit figurer dans l'inscription. D'après le projet de la commission spéciale, l'inscription devait aussi indiquer le nom du débiteur personnel; ceux qui traitent avec lui sont, en effet, intéressés à savoir qu'il a contracté des dettes, garanties par un tiers; toutefois, ce n'est pas là un intérêt hypothécaire; c'est peut-être pour ce motif que la disposition du projet a été retranchée; on ne sait, du reste, pas par qui ni pourquoi. Ce qui est certain, c'est que, dans le silence de la loi, on ne peut pas exiger que l'inscription soit prise sur le débiteur personnel, alors qu'il n'a pas hypothéqué ses biens; ce serait exiger une formalité que la loi ne prescrit point, et l'interprète n'a pas le droit d'ajouter à la loi (3).

12. Nous dirons plus loin que le créancier peut encore requérir inscription après la mort du débiteur (art. 82). Sur qui, dans ce cas, l'inscription doit-elle être prise? L'article 86 dit que « les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée pourront être faites sous la simple désignation du défunt ». Régulièrement l'inscription devrait

(1) Voyez le t. XXX de mes *Principes*, p 431, n° 461.
(2) Cassation, 27 décembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 53).
(3) Martou, t. III, p. 161, n° 1074. En sens contraire, Delebecque, p. 324, n° 425. Comparez Pont, t. II, p. 370, n° 976; Aubry et Rau, t. III, p. 322, note 1, § 271.

être prise sur les héritiers, puisque les héritiers prennent la place du défunt comme débiteurs et comme propriétaires des biens hypothéqués (n° 11). C'est le droit commun, et il est certain que le créancier peut, s'il le veut, user du droit commun. Mais la loi lui permet aussi de requérir l'inscription sur le débiteur décédé, ce qui est une exception à la règle. Pourquoi la loi l'a-t-elle admise? Le créancier peut ne pas savoir que le débiteur est mort, et quand il le saurait, il peut ne pas connaître tous les héritiers, qui sont parfois très-nombreux; nous avons cité, au titre des *Donations*, un cas dans lequel le testateur lui-même ne connaissait point tous ses héritiers. Cependant la loi veut que le créancier prenne inscription dans un délai très-court, dans les trois mois de l'ouverture de la succession; elle devait donc, pour rendre possible l'accomplissement de cette formalité, autoriser l'inscription sur le débiteur décédé. Ainsi le créancier a le choix; il peut, ou prendre inscription sur les héritiers, dans ce cas il doit les désigner tous dans les bordereaux qu'il remet au conservateur; ou il peut faire l'inscription sous la simple désignation du défunt, dit l'article 86, c'est-à-dire se borner à désigner le débiteur, conformément à l'article 83, n° 2 (1).

Une inscription est prise par les religieuses de la Visitation de Richelieu, pour une hypothèque constituée par le maréchal de Richelieu, après décès du maréchal et de son fils, en ces termes : *sur les héritiers Duplessis-Richelieu*. La validité de l'inscription fut contestée, et la question arriva jusque devant la cour de cassation; celle-ci, après partage, et sur les conclusions contraires de Daniels, confirma l'arrêt qui avait déclaré l'inscription valable. Nous aurions préféré l'avis de Daniels. Le créancier, dans l'espèce, n'avait pas pris inscription sur le défunt, il désignait les héritiers; et la désignation ne contenait aucune des mentions exigées par la loi. On objectait que l'inscription pouvait valoir comme étant prise sur le défunt, puisqu'elle faisait connaître suffisamment le défunt. Cela même était douteux, mais comme l'arrêt attaqué avait dé-

(1) Martou, t. III, p. 186, n° 1111. Pont, t. II, p. 369, n° 973.

cidé en fait que l'inscription litigieuse faisait connaître suffisamment les débiteurs grevés de l'hypothèque, la chambre civile se retrancha derrière cette appréciation pour prononcer un arrêt de rejet (1).

13. On suppose que les héritiers ont reconnu la dette et fourni titre nouvel. Le créancier pourra-t-il néanmoins prendre inscription sous le nom du défunt? Persil a soutenu qu'il y avait novation, dans ce cas, en vertu de l'article 879, et il en conclut que l'inscription devait être prise sur les héritiers. C'est une double erreur : l'article 879, comme nous l'avons dit au titre des *Successions*, ne prévoit pas un cas de novation; et s'il y avait novation, l'hypothèque serait éteinte, par conséquent il ne pourrait plus être question de l'inscrire (2).

On peut faire une autre objection. L'article 86 consacre une exception, et l'exception suppose que le créancier ignore le décès du débiteur ou ne connaît pas ses héritiers; le motif vient à tomber quand les héritiers reconnaissent la dette. N'est-ce pas le cas de dire que, le motif cessant, la loi ne doit pas recevoir son application? Nous croyons qu'il est plus sûr de s'en tenir au texte, qui donne au créancier une faculté en termes absolus; il serait trop dangereux de déclarer une loi inapplicable par la raison que les motifs imaginés par la doctrine cessent dans un cas donné; on peut répondre, dans l'espèce, qu'il y a toujours un motif qui justifie l'application de la loi, c'est qu'elle a voulu faciliter au créancier la conservation de son droit, et il est plus facile de désigner le défunt qui a figuré dans l'acte que ses héritiers.

14. Le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué. On demande si l'inscription peut encore être prise sur lui ou si elle doit être prise sur l'acquéreur? Pour que la question puisse se présenter sous l'empire de notre loi, il faut supposer que l'inscription est requise avant la transcription de l'acte d'acquisition, car une fois l'acte transcrit, toute in-

(1) Rejet, section civile, 2 mars 1812 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1511, 1°). Comparez un arrêt de Bruxelles, du 27 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 221) qui, à notre avis, a mieux jugé.
(2) Martou, t. III, p. 187, n° 1111, et tous les auteurs.

scription prise sur les précédents propriétaires est inopérante (art. 112). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que l'inscription peut et doit toujours être prise sur le débiteur, ou, s'il y a lieu, sur le tiers qui a constitué l'hypothèque. Cela résulte des termes généraux de l'article 83 (code civil, art. 2148). La loi veut que l'inscription soit prise sur celui qui a constitué l'hypothèque; elle ne fait aucune exception à la règle pour le cas où l'immeuble hypothéqué serait aliéné; donc la règle reste applicable. D'ailleurs la loi n'a pas pu obliger le créancier à prendre inscription sur l'acquéreur, puisqu'il peut ignorer le fait de l'aliénation. Il en faut conclure que l'inscription ne doit pas même indiquer l'acquéreur, et que si elle était prise uniquement sur le tiers détenteur, elle serait nulle, car ce serait une inscription prise en dehors de la loi (1).

Il y a cependant un motif de douter. Dans l'esprit de la loi, l'inscription est destinée à faire connaître aux tiers les charges qui grèvent les biens de la personne avec laquelle ils contractent. Or, dans l'espèce, les biens du débiteur ne sont plus grevés, puisqu'il n'est plus propriétaire des biens hypothéqués; c'est l'acquéreur qui est, comme le dit l'article 83 (code civil, art. 2148), l'*individu grevé d'hypothèque;* l'inscription prise sur l'ancien propriétaire n'apprend donc rien sur la situation immobilière de l'acquéreur; partant le but de la publicité est manqué. L'objection est sérieuse, mais elle s'adresse au législateur qui n'a pas obligé le créancier de prendre inscription sur l'acquéreur, parce que c'eût été compromettre la conservation de son droit. On pourrait encore nous objecter ce que nous avons dit du débiteur hypothécaire. D'après l'interprétation de la cour de cassation de Belgique et d'après l'opinion universellement admise, on entend dans l'article 83 (code civil, art. 2148) par débiteur, celui sur les biens duquel l'hypothèque est établie; or, au moment où l'inscription est prise, en cas d'aliénation, le débiteur hypothécaire c'est l'acquéreur, ce n'est pas le débiteur originaire. C'est toujours la même ob-

(1) Cassation, 27 mai 1816 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1515, 6°). Comparez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 323, note 5, § 271.

jection sous une autre forme. L'article 83 (code civil, art. 2148) suppose une inscription prise sur les biens du débiteur qui a constitué l'hypothèque; dans ce cas, le débiteur personnel et le débiteur hypothécaire se confondent, tandis que, dans notre hypothèse, il y a eu un débiteur personnel tenu hypothécairement, c'est le seul que le créancier connaisse, et c'est sur celui avec lequel il a contracté qu'il doit prendre inscription. Quant au tiers détenteur, il ne le connaît pas; la loi ne pouvait donc pas l'obliger à prendre inscription sur lui.

§ IV. *Quand l'inscription peut-elle ou doit-elle être prise?*

15. L'inscription peut être prise dès que le droit d'hypothèque existe; et il n'y a point, en règle générale, de délai dans lequel elle doive être faite; la loi s'en est rapportée à l'intérêt du créancier. Comme le rang de l'hypothèque dépend de l'inscription, le créancier est intéressé à la requérir immédiatement. Il y a encore un autre danger qui menace le créancier s'il tarde à inscrire son hypothèque, c'est que le débiteur peut aliéner, d'un instant à l'autre, l'immeuble hypothéqué; et si l'acquéreur transcrit de suite l'acte de vente, le créancier hypothécaire sera déchu de son droit, puisqu'il ne peut plus prendre inscription (art. 112).

Le créancier peut requérir l'inscription dès que l'hypothèque existe. Cela est sans difficulté pour l'hypothèque conventionnelle et testamentaire; quant à l'hypothèque légale, le principe reçoit une modification. L'hypothèque légale existe en vertu de la loi, du moment où il y a tutelle, interdiction ou mariage; mais avant qu'on puisse l'inscrire, elle doit être spécialisée; il se peut donc que, par la négligence de ceux qui sont appelés à spécialiser l'hypothèque, l'inscription ne puisse pas être faite et que, par suite, l'hypothèque reste inefficace, quoiqu'elle existe en vertu de la loi. D'autre part, l'hypothèque légale du mineur doit être inscrite avant qu'il y ait une créance, puisque l'inscription se fait, d'après la loi, avant l'entrée en fonctions du tuteur. Pour l'hypothèque légale de la femme, il y a encore une

singularité de plus, c'est qu'elle doit être inscrite, pour la dot et conventions matrimoniales, avant la célébration du mariage, donc avant que la cause de l'hypothèque existe.

Il y a également, en matière de priviléges, des dispositions singulières. La première inscription requise pour la conservation du privilége de l'architecte se fait avant le commencement des travaux, donc avant l'existence de la créance privilégiée; et cependant le privilége a rang à partir de l'inscription du premier procès-verbal (art. 38). Le second procès-verbal doit être inscrit dans la quinzaine de la réception des ouvrages, et les ouvrages doivent être reçus dans les six mois, au plus tard, de leur perfection. Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Priviléges*.

La loi prescrit encore un délai dans lequel l'inscription doit être prise, c'est lorsque les créanciers et légataires demandent la séparation de patrimoines; ils doivent s'inscrire dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité (art. 39). Cette matière a été expliquée au titre des *Successions*.

16. L'inscription des hypothèques conventionnelles et testamentaires ne peut jamais se faire avant l'acquisition de l'hypothèque. Seulement il faut remarquer que l'hypothèque est acquise dès que l'acte est reçu par le notaire, ou dès que la succession est ouverte. Il se peut cependant que la créance soit conditionnelle ou que l'hypothèque le soit. La condition empêche le créancier d'exercer son droit, mais il peut faire les actes conservatoires, et par conséquent prendre inscription.

Il ne faut pas confondre l'hypothèque dont l'existence dépend d'une ratification avec l'hypothèque conventionnelle. Celle-ci existe quoique les effets en soient suspendus, tandis que l'autre n'existe point. Telle serait une hypothèque consentie sur des biens qui n'appartiennent pas au débiteur; si le propriétaire ratifie l'hypothèque, elle devient valable, mais elle ne le devient qu'à partir de la ratification; jusque-là elle était inexistante; et une hypothèque qui n'existe pas ne peut pas être inscrite. Il suit de là que l'inscription qui aurait été prise serait inopérante, il faudrait une inscription nouvelle prise en vertu de l'acte de

ratification (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'hypothèque constituée par le débiteur seul, il faut également dire que l'hypothèque n'existe qu'à partir de l'acceptation ou de la ratification authentique du créancier; d'où suit que l'inscription qui aurait été prise en vertu de l'acte constitutif de l'hypothèque serait inopérante, et par conséquent l'hypothèque serait dépourvue de toute efficacité. La conséquence est grave, mais elle est incontestable si l'on admet le principe de la solennité de l'hypothèque. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (t. XXX, n°s 440-445).

17. Jusques à quand l'inscription peut-elle être prise? En règle générale, aussi longtemps que l'hypothèque ou le privilége existent, puisque l'inscription n'est pas autre chose que la manifestation du droit, et le droit peut toujours être rendu public, avec cet effet que l'hypothèque n'aura rang qu'à partir du jour où elle aura été inscrite. Cette règle reçoit des exceptions; il y a des cas où l'inscription ne peut plus être prise, bien que l'hypothèque subsiste.

L'article 82 (code civil, art. 2146) prévoit un de ces cas : « Les droits de privilége ou d'hypothèque acquis et qui n'auraient pas été inscrits avant le décès du débiteur ne pourront plus l'être que dans les trois mois de l'ouverture de la succession, sans préjudice aux dispositions de l'article 112. » Il résulte de là, d'abord que l'inscription peut encore se faire après la mort du débiteur, alors même que la succession serait acceptée sous bénéfice d'inventaire. Il en était autrement sous l'empire du code civil; les inscriptions ne produisaient aucun effet quand l'héritier acceptait sous bénéfice d'inventaire (art. 2146); la loi assimilait la succession bénéficiaire à la faillite du débiteur, et elle voulait que, dans l'une et l'autre situation, la condition des créanciers fût égale, dès le moment où l'état d'insolvabilité était constant. Cette disposition du code a été vivement critiquée. La commission spéciale en proposa l'abrogation. On lit dans le rapport fait à la chambre des représentants : « Le créancier doit-il être privé du droit qui lui est garanti

(1) Rejet, 12 juin 1807 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1192, 1°). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 324, note 2, § 272.

par un contrat solennel, par le seul motif que l'héritier de son débiteur a trouvé convenable de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire? Comment un droit légitime serait-il anéanti par le fait de celui qui représente le débiteur (1)? » Il y avait bien d'autres anomalies dans le système du code. Nous nous bornons au motif tiré de l'insolvabilité. La succession n'est pas insolvable par cela seul qu'elle est acceptée bénéficiairement, et, en tout cas, l'insolvabilité ne suffit point pour que le créancier soit déchu du droit d'inscrire son hypothèque; il aurait pu le faire, quand même le débiteur serait tombé en déconfiture, car la déconfiture ne produit pas les effets de la faillite; en supposant donc que le débiteur meure en état de déconfiture, le créancier doit conserver après sa mort le droit qu'il avait de son vivant.

18. La loi nouvelle, en écartant la déchéance prononcée par le code civil, en a introduit une autre, qui est également sujette à critique. Elle veut que le créancier prenne inscription dans les trois mois à partir de la mort de son débiteur; après ce délai, il perd son droit, en ce sens que l'hypothèque ne peut plus être inscrite. Ce délai est très-court, et bien des créanciers ignorent même l'obligation que la loi leur impose. La commission spéciale justifie sa proposition en ces termes : « Comme le règlement des successions ne peut rester incertain pendant un temps indéfini, elle a cru devoir fixer un délai à compter du décès, au delà duquel les inscriptions seraient considérées comme non avenues. En ce cas, le créancier ne pourrait imputer qu'à sa propre négligence la perte de son droit. » Cela serait vrai si le créancier savait que la loi l'oblige à prendre inscription; il eût été plus juste de forcer les héritiers à mettre le créancier en demeure; c'est aux parties intéressées à agir; or, ce sont les héritiers qui ont intérêt à ce que la liquidation soit activée.

19. L'article 82 met les priviléges sur la même ligne que les hypothèques. De là il semble résulter que le ven-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 43). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 148). Comparez Pont, t. II, p. 329, nos 912 et 913.

deur, l'échangiste, le donateur et les copartageants ne peuvent plus conserver leur privilége par la transcription, après l'expiration du délai de trois mois. Ainsi interprétée, la loi serait souverainement injuste. Les héritiers peuvent toujours transcrire l'acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers souscrit par leur auteur, et par là ils consolident leur propriété à l'égard des tiers; or, la transcription conserve aussi le privilége du créancier; il serait contraire au droit et à l'équité que les héritiers pussent scinder les effets de la transcription, s'en prévaloir pour devenir propriétaires à l'égard des tiers et refuser aux créanciers leur privilége, alors que les créanciers n'ont traité avec le défunt que sous la condition du privilége (1). Ne pourrait-on pas donner à la loi une interprétation qui concilie le texte avec les principes et avec la justice? L'article 82 ne parle que des priviléges qui doivent être inscrits; et le législateur déclare le créancier privilégié déchu, pour la négligence qu'il a mise à conserver ses droits; or, ni le texte, ni le motif ne reçoivent d'application aux créanciers privilégiés dont les droits se conservent par la transcription; ils n'ont pas d'inscription à prendre, il n'y a donc aucune négligence à leur reprocher; d'un autre côté, les héritiers ne peuvent pas dire que l'inaction du créancier retarde la liquidation de l'hérédité, car c'est à eux de faire transcrire, et rien ne les empêche de requérir la transcription immédiatement. Nous en concluons que la déchéance ne saurait frapper les créanciers dont le privilége se conserve par la transcription.

20. L'article 82 fait une réserve pour les dispositions de l'article 112. En traitant de la transcription, nous avons dit qu'une conséquence du principe de publicité organisé par la loi nouvelle est qu'aucune inscription du chef des anciens propriétaires ne peut plus être faite après que l'acte d'acquisition a été transcrit. Si donc les héritiers aliénaient l'immeuble, le créancier ne pourrait plus requérir l'inscription, même dans les trois mois; cette conséquence aggrave encore la disposition de l'article 82, puis-

(1) Martou, t. III, p. 139, n° 1039.

que les héritiers peuvent aliéner dès que l'hérédité est ouverte, et mettre par là le créancier dans l'impossibilité de prendre inscription. Il est vrai qu'il y a, en général, une négligence à lui reprocher : il aurait dû prendre inscription du vivant de son débiteur; celui-ci peut aussi aliéner; la plus simple prudence commande donc au créancier de remplir immédiatement la formalité de l'inscription.

Nous avons dit aussi, en traitant de la transcription, que la loi nouvelle abroge tacitement l'article 834 du code de procédure. Il importe de rappeler les divers changements que la législation a subis en cette matière. La loi du 11 brumaire an VII consacrait le principe de publicité avec la conséquence qui en résulte, à savoir que les tiers acquéreurs deviennent propriétaires de l'immeuble, libre de toutes charges non rendues publiques, lors de la transcription qu'ils font de l'acte de vente. Dans le système de publicité, toute inscription est impossible après la transcription, tandis que, avant la transcription, le vendeur étant toujours considéré comme propriétaire, rien n'empêche les créanciers hypothécaires de prendre inscription sur ses biens.

Le code civil abolit la transcription; elle n'était plus requise que comme préliminaire de la purge (art. 2183). Qu'en résultait-il quant au droit des créanciers hypothécaires? Pouvaient-ils encore prendre inscription après la vente? Non, car la vente tenait lieu de transcription, et par conséquent l'acheteur était propriétaire à l'égard des tiers sous la réserve des hypothèques inscrites lors du contrat; il ne pouvait plus être pris de nouvelles inscriptions du chef du vendeur, puisque celui-ci avait cessé d'être propriétaire. La question fut décidée en ce sens par un avis du conseil d'Etat (1).

Le code de procédure apporta une dérogation au code civil; il permit aux créanciers hypothécaires et privilégiés qui n'avaient pas fait inscrire leurs titres antérieurement à

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § VIII *bis*, n° II (t. XV, p. 113).

l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, de requérir inscription postérieurement à la vente, et même dans la quinzaine qui suivrait la transcription. La transcription n'étant requise que pour la purge, la règle était que les créanciers conservaient le droit d'inscrire leurs hypothèques, même après l'aliénation de l'immeuble, tant que l'acquéreur ne remplissait pas les formalités de la purge. Cette dérogation au code civil fut adoptée dans l'intérêt des créanciers hypothécaires; par contre, elle était dangereuse pour les acquéreurs qui ne purgeaient pas (1).

Le vice de cette législation, qui tantôt favorisait les acquéreurs, tantôt les créanciers hypothécaires, tenait au défaut de publicité. Nous avons dit ailleurs que les auteurs de la loi belge ont consacré la publicité la plus large dans l'intérêt des tiers. Ils n'ont pas sacrifié les intérêts des créanciers hypothécaires, comme on l'a dit; les créanciers savent que sans inscription leur hypothèque reste inefficace, ils savent qu'en cas d'aliénation, l'inscription n'est pas admise après la transcription; ils doivent donc se hâter de remplir la formalité qui conservera leurs droits (2).

21. Ce que nous avons dit de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué concerne les actes entre-vifs, les seuls qui soient soumis à la publicité. Les testaments ne doivent pas être transcrits; la propriété se transfère aux légataires, par l'effet de la loi, dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité, comme elle se transmettait, sous l'empire du code Napoléon, en vertu des contrats. De là suit que le système du code reste applicable aux actes testamentaires. Si un immeuble légué est grevé d'hypothèque, le créancier n'est pas admis à prendre inscription après l'ouverture du legs; le légataire recueille l'immeuble libre de toute hypothèque non inscrite; le créancier ne peut pas exercer son droit hypothécaire contre lui, parce que, à défaut d'inscription, son hypothèque n'existe point à l'égard des tiers, et le légataire à titre particulier est un tiers (3).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 325-328, § 272.
(2) Sur la loi française du 23 mars 1855, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 328 et 329, § 272.
(3) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 330, note 16, § 272

22. L'article 82, § 3, porte : « L'effet des inscriptions prises avant l'ouverture des faillites est réglé par les lois particulières sur les faillites. » Il y a une loi spéciale sur la matière, du 18 avril 1851 ; l'article 447 est ainsi conçu : « Les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. » Ils ne peuvent donc plus être inscrits après le jugement qui déclare la faillite. Quelle en est la raison? Dans le système de la loi, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens à compter du jugement déclaratif de la faillite (art. 444); dès ce jour la situation de tous les créanciers est fixée comme elle le serait si le jugement avait liquidé leurs droits; il suit de là que l'un des créanciers ne peut plus, en faisant inscrire son hypothèque, obtenir une préférence à l'égard des autres créanciers. Il est dans la situation des créanciers qui ont négligé de conserver leurs droits.

Jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite, les créanciers sont admis à prendre inscription de leurs priviléges et hypothèques; la loi ajoute une condition, c'est qu'ils doivent être acquis *valablement*. Or, en vertu de l'article 447, sont nulles et sans effet relativement à la masse, les hypothèques constituées sur les biens du débiteur, depuis la cessation des payements, ou dans les dix jours qui précèdent cette époque, si l'hypothèque a pour objet de garantir des dettes antérieurement contractées (t. XXX, n° 496). Ces hypothèques ne peuvent donc pas être inscrites. La loi ne permet que d'inscrire les hypothèques pour lesquelles il n'y a aucun soupçon de fraude.

L'article 447 ajoute, § 2 : « Néanmoins, les inscriptions prises dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation de payement ou postérieurement *pourront* être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. » Cette annulation est facultative et dépend entièrement du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Le délai de quinze jours que la loi fixe en révèle l'esprit. Si quinze jours se sont écoulés sans que le créancier prenne inscription, c'est qu'il avait pleine confiance dans la solva-

bilité du débiteur; quand ensuite il inscrit presque à la veille de la faillite, c'est qu'il aura appris, peut-être par le débiteur lui-même, que la faillite allait éclater; il ne faut pas que, par des causes qui peuvent être plus ou moins frauduleuses, l'un des créanciers se procure une préférence à l'égard des autres. Il est vrai que son droit de préférence était acquis, mais il n'était pas conservé, et l'égalité qui doit régner entre les créanciers serait blessée si, en vue de la faillite imminente de son débiteur, il avait pris une inscription qu'il n'aurait pas prise s'il n'avait pas acquis la connaissance du mauvais état des affaires de son débiteur, connaissance que d'autres créanciers n'ont pas acquise. Il y a là des nuances de bonne et de mauvaise foi que la loi abandonne à la conscience du juge (1).

23. La loi sur les faillites, de même que l'article 82, met les priviléges sur la même ligne que les hypothèques. De là une difficulté concernant les priviléges qui se conservent par la transcription. Les interprètes les assimilent aux hypothèques, de sorte que la transcription faite par les curateurs, tout en rendant le débiteur, représenté par la masse, propriétaire à l'égard des tiers, ne conserverait pas le privilége du créancier. L'injustice serait évidente (2). La question est de savoir si l'on ne peut pas interpréter la loi de manière à la concilier avec les principes et avec l'équité. Nous croyons qu'il faut appliquer à la faillite ce que nous avons dit (n° 19) de la mort du débiteur. Il y a cependant un nouveau doute. La loi veut assurer l'égalité entre créanciers : n'est-ce pas la rompre que de donner effet au privilége du vendeur, en vertu d'une transcription postérieure à l'ouverture de la faillite? Nous répondons que la masse n'est pas lésée, car la transcription, si elle conserve les droits du créancier, conserve aussi, et avant tout, les droits de l'acquéreur; si la masse en veut profiter, il est juste qu'elle accepte également l'effet que la transcription produit au profit du créancier. Jusqu'à la transcription le vendeur est resté propriétaire à l'égard des tiers; s'il

(1) Comparez Pont, t. II, p. 299 et suiv. (nos 872 et suiv.).
(2) Martou, t. III, p. 142, nos 1043-1045.

cesse de l'être, par la transcription, c'est à la condition de conserver son privilége; peut-on séparer la transmission de la condition que la loi y attache comme un effet qui en est inséparable?

24. La loi sur les faillites suppose qu'il s'agit d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires. A l'époque où elle fut portée, le code civil était encore en vigueur; partant, les hypothèques légales étaient dispensées d'inscription. D'après la loi nouvelle, elles sont soumises à la publicité et régies par le droit commun. En résulte-t-il que les dispositions de la loi du 18 avril 1851 doivent recevoir leur application aux hypothèques légales? C'est l'avis des interprètes (1). Il y a un motif de douter. La loi sur les faillites a pour objet d'empêcher la fraude qui donnait à l'un des créanciers une préférence au préjudice des autres; cela suppose une volonté de s'avantager chez le créancier, et d'ordinaire une collusion du débiteur. Or, cette supposition fait entièrement défaut dans les hypothèques légales; les créanciers sont des incapables qui n'interviennent pas dans les actes de spécialisation, préliminaire indispensable de l'inscription. Quant aux débiteurs, la loi les oblige à prendre inscription; elle menace même le tuteur de destitution, s'il ne le fait point; le tuteur est déclaré responsable quand il ne veille pas à ce que l'inscription soit prise. Donc il ne peut être question de fraude ni de collusion. Dès lors ne faut-il pas décider que les hypothèques légales restent en dehors de la loi, comme elles l'étaient lors de sa publication? Ce serait notre avis.

25. Faut-il appliquer à la déconfiture ce que la loi sur les faillites dit des inscriptions hypothécaires et des hypothèques. La négative est si évidente qu'on a de la peine à comprendre que la question soit posée, et l'on s'étonne qu'une cour l'ait décidée affirmativement et qu'un de nos bons auteurs enseigne la même doctrine. L'article 82 décide implicitement la question, en disant que des lois *particulières* règlent l'effet des inscriptions prises avant l'ouverture des faillites. Il s'agit donc d'une matière exceptionnelle

(1) Martou, t. III, p. 144, n° 1045 *bis*.

régie par des lois exceptionnelles; cela est décisif. La cour de Bruxelles, qui a jugé le contraire, s'est laissé égarer par notre ancien droit, qui assimilait la déconfiture à la faillite; et Tarrible s'est trompé, peut-être parce que le code civil met d'ordinaire la déconfiture sur la même ligne que la faillite. Il est inutile d'insister (1).

Tarrible ne parle pas de la déconfiture en général; il suppose que le débiteur insolvable a cédé ses biens à ses créanciers. C'est un état de déconfiture constaté par le débiteur lui-même, et qui ne diffère de la déconfiture en général que par le mandat que le débiteur donne à ses créanciers de vendre ses biens à l'amiable. Le débiteur peut-il encore hypothéquer ses biens après l'abandon qu'il en a fait? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut. Les créanciers peuvent-ils inscrire les hypothèques acquises avant l'abandon? Oui, et sans doute aucun, puisque aucune loi ni aucun principe ne s'y opposent.

§ V. *En vertu de quels actes l'inscription peut-elle être requise?*

26. L'inscription est la manifestation de l'hypothèque ou du privilége. Elle suppose donc l'existence du droit réel dont la loi prescrit la publicité. D'après notre loi hypothécaire, cette existence est subordonnée à un acte authentique qui constate le privilége ou l'hypothèque. Les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur, du copartageant se conservent par la transcription de l'acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers qui leur a donné naissance, et la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques ou les actes qui leur sont assimilés. Toutefois ces priviléges peuvent aussi se conserver par l'inscription, et pour l'inscription la loi exige seulement une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége

(1) Martou, t. III, p. 144, nos 1046 et suiv. Pont, t. II, p. 302, nos 876 et suiv. Aubry et Rau, t. III, p. 332, notes 26-28, § 272, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, no 1428. Comparez Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § IV, no VI.

(art. 83; code civil, art. 2148). A la rigueur, les priviléges pourraient donc être constatés par des actes sous seing privé (1). C'est une anomalie qui ne s'explique que par cette considération que, dans l'esprit de la loi, les priviléges que nous venons de rappeler se conservent par la transcription; nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Priviléges*. Pour le privilége de l'architecte, la loi exige deux procès-verbaux dressés par des experts; quoique nommés d'office par le président du tribunal, les experts ne sont pas des fonctionnaires publics, et les procès-verbaux qu'ils dressent ne sont pas des actes authentiques. La loi revient au principe de l'authenticité en exigeant que les cessionnaires des créances privilégiées se conforment aux dispositions de l'article 5; et, d'après cet article, la cession ne peut être opposée aux tiers que si elle résulte d'actes authentiques. Il eût été plus logique de prescrire comme règle absolue la nécessité d'un acte authentique; car la publicité des priviléges est au fond identique avec la publicité des actes soumis à la transcription, et la loi n'admet à la transcription que des actes authentiques (art. 2).

27. Quant aux hypothèques, l'authenticité est requise comme condition de leur existence lorsqu'il s'agit d'hypothèques conventionnelles. La loi dévie de ce principe en faveur des hypothèques testamentaires, en permettant au testateur de les constituer dans un testament quelconque. Les hypothèques légales existent en vertu de la loi; mais, en général, elles doivent être spécialisées avant de pouvoir être inscrites. Cette spécialisation se fait, pour l'hypothèque des mineurs et interdits, par une délibération du conseil de famille, ce qui n'est pas un acte authentique, quoique la délibération soit actée par le greffier de la justice de paix. L'hypothèque de la femme mariée est spécialisée par contrat de mariage, c'est-à-dire par un acte authentique ou par le président du tribunal, dont l'ordonnance a également un caractère authentique. Il y a des cas où cette ordonnance n'est pas même nécessaire, c'est quand l'inscrip-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 323 et suiv., et note 7, § 271.

tion est requise par un magistrat; dans ce cas, il ne faut aucun acte.

En définitive, la loi exige un acte authentique comme règle, mais elle admet des exceptions à la règle.

28. L'hypothèque ou le privilége peuvent-ils être inscrits si l'acte requis par la loi est nul? Il faut appliquer la distinction des actes nuls et des actes inexistants. Les auteurs et les arrêts ne la font pas toujours; de là une grande confusion dans la doctrine (1) et dans la jurisprudence. Un acte nul ou annulable produit tous les effets que la loi y attache, tant que le juge n'en a pas prononcé l'annulation; donc il peut être rendu public par la voie de la transcription ou de l'inscription. Si l'acte était annulé, l'inscription tomberait. Par contre, si l'acte était confirmé, l'inscription le serait également; par conséquent, elle produirait son effet à partir du jour où elle aurait été prise; il ne faudrait donc pas de nouvelle inscription prise en vertu de l'acte confirmatif.

La cour de cassation l'a jugé ainsi par un arrêt rendu après délibération en chambre du conseil. Un mineur avait consenti hypothèque avec promesse de la ratifier, c'est-à-dire de la confirmer après sa majorité; c'est ce qu'il fit immédiatement après être devenu majeur. L'hypothèque avait été inscrite pendant la minorité, et il n'y eut pas de nouvelle inscription. Des inscriptions furent prises en vertu d'hypothèques consenties après la majorité. Les derniers créanciers soutinrent que l'inscription prise en minorité était nulle et qu'elle n'acquérait de valeur que par la confirmation; ce qui, d'après eux, nécessitait une inscription nouvelle. La cour de cassation rejeta ces prétentions. Elle pose en principe que l'inscription prise sur un mineur n'était point, par cela seul, nulle de plein droit et d'une manière absolue, qu'elle était seulement annulable, non par elle-même, mais comme devant suivre le sort du contrat d'hypothèque en vertu duquel elle était prise : la confirmation de l'acte confirmait l'inscription. Dès lors il était inutile de la renouveler; la confirmation la validait dès son

(1) Comparez Martou, t. III, p. 164, n° 1077.

origine, car il est de l'essence de la confirmation de rétroagir, sauf les droits des tiers; et, dans l'espèce, les tiers n'avaient encore aucun droit lors de la confirmation, leurs hypothèques étant postérieures à l'acte confirmatif(1).

Il y a un arrêt récent de la cour de cassation qui maintient sa première jurisprudence (2). La cour invoque le droit commun de l'article 1120, sans même prévoir l'objection que l'hypothèque, étant un contrat solennel, n'est pas soumise au droit commun. Elle cite encore l'article 1338; ici l'erreur de la cour est évidente. L'article 1338 parle de la confirmation des actes nuls, ou annulables, c'est-à-dire de la renonciation du créancier à se prévaloir d'une cause de nullité. Qu'est-ce que la confirmation a de commun avec la ratification de celui au nom duquel une hypothèque a été consentie ou stipulée? La cour confond, comme le fait le code civil, la ratification proprement dite et la confirmation.

29. Le code donne le nom de *ratification* à la confirmation d'un acte nul. Et l'on appelle aussi ratification le consentement donné à un contrat où l'on n'a pas été partie, ni représenté par un mandataire. De là une inévitable confusion et des erreurs dans la doctrine et la jurisprudence.

Le mari consent une hypothèque, tant en son nom que comme se portant fort pour sa femme; la femme ratifie, c'est-à-dire consent à l'hypothèque. On demande si l'hypothèque peut être inscrite avant la ratification. Dans l'opinion que nous avons enseignée (t. XXX, n° 450), la négative est certaine; en effet, l'hypothèque n'existe qu'en vertu de la ratification; jusque-là il n'y a pas eu de concours de consentement. Or, il ne peut pas y avoir d'inscription sans qu'il y ait une hypothèque. Si donc l'hypothèque avait été inscrite avant la ratification, l'inscription serait plus que nulle, elle serait inexistante; partant, il faudrait prendre une inscription nouvelle en vertu de l'acte de rati-

(1) Rejet, chambre civile, 25 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 385). Aubry et Rau, t. III, p. 324, et note 8, § 271.
(2) Cassation, 13 décembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 97). Comparez ce qui a été dit, t. XXX, p. 420, nos 450 et 451).

fication. La cour de Paris l'a jugé ainsi, mais la rédaction de l'arrêt laisse à désirer. Elle commence par dire qu'un *acte de ratification* ne change rien aux dispositions d'un premier acte dont il n'est que la *confirmation*. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas de *confirmer* un acte *nul*, il s'agissait de consentir à une hypothèque à laquelle la femme était restée étrangère; et ce consentement, ne pouvant se donner que dans la forme authentique, n'existe que lorsque la femme ratifie. La cour dit ensuite que le principe de la ratification, ou confirmation, n'est pas applicable à l'acte par lequel le mari constitue une hypothèque en se portant fort pour la femme, car le mari n'a pu affecter les biens de la femme sans sa participation et son consentement; donc le concours de consentement, c'est-à-dire le contrat, n'a existé qu'en vertu de la ratification. Cela décide la question de l'inscription, l'hypothèque ne pouvant être inscrite avant qu'elle existe (1).

La cour de cassation, dans une espèce identique, a jugé en sens contraire. Le mari consent une hypothèque, tant en son nom propre qu'au nom de sa femme mineure. Parvenue à sa majorité, la femme ratifie l'acte avant qu'aucune inscription eût été prise dans l'intervalle entre l'inscription de l'hypothèque consentie pour elle en sa minorité et l'acte de ratification. Cette ratification a-t-elle eu pour effet de valider l'inscription prise en vertu de l'hypothèque consentie par le mari? La cour pose en principe que la ratification d'un acte dans lequel un tiers a agi pour le mineur, se faisant fort pour lui, produit le même effet que si cet acte avait été passé par une personne capable de s'obliger, sauf les droits des tiers antérieurs à la ratification. C'est appliquer à la ratification ce que la loi dit de la confirmation (art. 1338); or, dans l'espèce, il s'agissait, non de confirmer, mais de consentir. On dit, à la vérité, que le consentement donné sous forme de ratification équivaut à un mandat. Le principe est contestable; et, quand même on l'admettrait, il ne s'applique pas aux actes solennels dans lesquels le mandat doit être authentique : la solennité ne

(1) Paris, 11 août 1808 (Dalloz, au mot *Privilèges*, nº 1556).

peut pas rétroagir. La cour conclut que l'inscription prise en vertu de l'acte qui avait conféré l'hypothèque produit son effet du jour de sa date à l'égard des créanciers qui n'avaient pas d'inscription valable avant la ratification. Voilà la confusion que nous avons signalée; la cour confond la confirmation d'un acte nul qui rétroagit, sauf le droit des tiers, et la ratification qui constitue le consentement du débiteur; il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une rétroactivité qui pourrait être préjudiciable aux tiers, il s'agit de savoir si le contrat solennel peut se former par la ratification du débiteur; or, il est impossible que la femme soit censée consentir dans la forme authentique à un contrat auquel elle est restée étrangère; le consentement, à notre avis, ne rétroagit pas, et la solennité encore moins. Il faut donc renverser ce que la cour dit : elle dit que l'obligation et l'hypothèque ne naissent point de la ratification, mais de l'acte ratifié : on doit dire, au contraire, que l'obligation et l'hypothèque ne peuvent prendre naissance que lorsque le débiteur a consenti dans la forme solennelle. La cour conclut que l'obligation et l'hypothèque inscrite sont validées par la ratification du jour de leur date (1). Nous concluons que la ratification de l'obligation ne rétroagit point; et, en tout cas, l'hypothèque ratifiée n'existe qu'à partir de la ratification; par conséquent, l'inscription prise en vertu de l'acte ratifié est inopérante, il faut prendre une inscription nouvelle en vertu de l'acte de ratification.

30. Un prête-nom qui figure en son nom personnel dans l'acte constitutif de l'hypothèque peut-il prendre inscription en son nom personnel, en ce sens que l'inscription profite au véritable propriétaire de la créance? L'affirmative a été jugée par la cour de cassation, et elle ne nous paraît pas douteuse (2). En effet, le prête-nom est un mandataire, en ce qui concerne ses relations avec la personne pour le compte de laquelle il agit, et, à l'égard des tiers,

(1) Rejet, 2 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 419). En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 324, note 9, § 271.

(2) Rejet, 6 juillet 1842, au rapport de Mesnard et sur les conclusions conformes de Delangle (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1488).

il est créancier; l'inscription qu'il a prise est donc valable à l'égard des tiers; et elle doit profiter au mandant quand le prête-nom déclare, comme dans l'espèce, qu'il n'a agi que comme mandataire; qu'importe au tiers que ce soit le prête-nom ou son mandant qui exerce le droit hypothécaire?

On objecte que l'inscription prise par un prête-nom, alors que le mandant est inconnu, pourrait être nulle comme prise au nom d'une personne incapable, et qu'en la validant on risque de valider un acte nul. Cela n'est pas sérieux. La cour de Liége répond très-bien que les tiers qui invoquent la nullité de l'inscription sont admis à prouver que le mandant est incapable, mais la loi ne présume pas l'incapacité, par cela seul qu'il y a un prête-nom. Le prête-nom est, jusqu'à preuve contraire, le véritable propriétaire de la créance; donc l'inscription qu'il a prise est valable (1).

§ VI. *Comment se prend l'inscription.*

31. L'article 83 (code civil, art. 2148) porte : « Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'*expédition authentique* de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque ». Le code civil ajoutait : *l'original en brevet*. Cette expression ne s'emploie que pour les actes authentiques que les notaires sont autorisés, par exception, à recevoir en brevet, au lieu de les recevoir en minute. On en pouvait conclure, et l'on en a conclu que l'hypothèque conventionnelle ne devait pas être reçue avec minute. Les auteurs de la loi belge ont cru, et avec raison, que l'hypothèque, un des actes les plus importants de la vie civile, ne pouvait pas être assimilée aux actes simples que les notaires reçoivent en brevet; c'est pour ce motif qu'ils ont retranché les mots : *l'original en brevet* (2).

(1) Liége, 13 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 254).
(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 388). D'Anethan, Rapport (Parent, p. 420). Comparez Martou, t. III, p. 152, nº 1057.

Quant aux actes dont une expédition authentique doit être présentée au notaire, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 26 et 27).

32. Si le requérant ne représente pas l'expédition authentique de l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque, le conservateur est en droit de refuser l'inscription, et les instructions ministérielles lui en font un devoir. Les inscriptions hypothécaires nuisent au crédit de celui sur lequel elles sont prises; il importe donc qu'elles soient faites sur la preuve authentique de l'existence du droit hypothécaire. La loi aurait dû, par conséquent, exiger que l'acte qui donne naissance au privilége et à l'hypothèque soit authentique; telle est, à la vérité, la règle, mais il y a des exceptions que nous avons mentionnées plus haut (nos 26 et 27).

L'inscription que le conservateur prendrait sans qu'on lui représentât l'expédition authentique requise par l'article 83 (code civil, art. 2148) serait-elle nulle? D'après notre loi, la question ne peut même plus être posée, puisque les inscriptions ne sont nulles que dans le cas où l'inobservation d'une formalité cause un préjudice aux tiers. Or, la représentation de l'expédition authentique de l'acte n'est pas exigée dans l'intérêt des tiers, ce n'est pas une formalité de l'inscription, c'est une mesure prescrite dans l'intérêt du conservateur, pour empêcher qu'il n'inscrive une hypothèque qui n'existe point. Si l'hypothèque existe, il ne peut pas s'agir de demander la nullité de l'inscription, par la raison que le conservateur l'a inscrite sans avoir la preuve de son existence. Dans le système de notre loi, cela n'aurait point de sens (1). Cette prétention étrange a cependant été portée devant les tribunaux, et la cour de Bruxelles l'a accueillie, mais dans une espèce où l'inscription avait été requise en vertu d'un jugement qui n'était pas encore rendu (2). Il était déjà admis, sous l'empire du code civil, que l'inobservation de cette formalité de l'article 2148 n'entraînait point la nullité de l'inscription (3).

(1) Martou, t. III, p. 182, n° 1105.
(2) Bruxelles, 8 avril 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 135).
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 342, et note 4, et les autorités qu'ils citent.

33. L'article 83 (code civil, art. 2148) impose encore une seconde obligation au créancier qui requiert l'inscription : il doit remettre au conservateur deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre. Ces bordereaux contiennent toutes les indications que le conservateur doit mentionner dans l'inscription hypothécaire. Le conservateur rédige l'inscription conformément aux bordereaux qui lui ont été remis par le créancier. C'est donc, en réalité, le créancier qui est l'auteur de l'inscription; le conservateur se borne, comme le dit l'article 83 (code civil, art. 2148), à faire mention, sur son registre, du contenu aux bordereaux, c'est-à-dire des indications que le bordereau doit contenir d'après la loi. S'il y en a qui manquent ou qui sont inexactes, le conservateur n'est pas obligé de les compléter ou de les rectifier; ce n'est pas lui qui est chargé de veiller aux intérêts du créancier, le créancier lui-même doit requérir l'inscription et donner dans les bordereaux toutes les indications que la loi exige. La loi n'a pas voulu confier ce soin au conservateur, parce que c'eût été lui imposer une responsabilité trop lourde et contraire à tout principe. Il ne peut pas connaître toutes les indications que l'inscription doit mentionner; les actes qu'on lui remet contiennent les plus essentielles, mais il y en a aussi qu'elles ne contiennent pas : telle est l'élection de domicile. Il était donc plus rationnel tout ensemble et plus juridique de charger le créancier de remplir une formalité que lui seul est en état de remplir, et qui concerne uniquement son intérêt (1).

34. Pourquoi le créancier doit-il faire les bordereaux en double? La loi dit qu'après avoir fait l'inscription, le conservateur rend au requérant l'expédition du titre et l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription; il conserve l'autre. Le créancier et le conservateur sont intéressés à avoir un bordereau pour constater si l'inscription a été prise conformément au bordereau. En effet, l'inscription peut être nulle par suite de l'omission de l'une des formalités prescrites par la loi; si cette omission

(1) Pont, t. II, p 350, n° 946. Martou, t. III, p. 154, n° 1060.

est imputable au conservateur, il en sera responsable, tandis qu'il ne l'est point si l'omission ne peut lui être imputée. Or, l'irrégularité de l'inscription doit être imputée au créancier lorsque le conservateur a transcrit exactement les mentions qui se trouvaient dans le bordereau; il faut donc qu'il ait un moyen de prouver que l'inscription est la reproduction du bordereau; c'est pour qu'il puisse faire cette preuve, que l'un des bordereaux reste en sa possession. Par contre, le conservateur sera responsable si la formalité omise se trouvait mentionnée dans le bordereau, et si elle a été omise par la négligence du conservateur ou de ses commis; dans ce cas, le créancier doit avoir un moyen de prouver que le conservateur est en faute; il faut donc que l'un des bordereaux lui soit remis avec le visa du conservateur. De cette manière la loi sauvegarde les droits du conservateur et ceux du créancier.

35. Les bordereaux doivent-ils être signés par le créancier? Il y a d'excellentes raisons pour exiger la signature: le bordereau est destiné à servir de preuve, c'est donc un acte, et il n'y a pas d'acte sans signature. D'ordinaire le bordereau n'est pas écrit par le créancier, il est rédigé par un notaire ou un agent d'affaires; qu'est-ce qui garantit, dans ce cas, que le bordereau produit par le conservateur soit le même que celui qui lui a été remis par le créancier? Mais, quelque bonnes que soient ces raisons, elles ne peuvent pas prévaloir sur le silence de la loi; l'interprète ne peut rien ajouter à la loi, puisque ce serait exiger une formalité que la loi ne prescrit point (1).

36. Le débiteur constitue par un même acte hypothèque sur les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers. On demande si ceux-ci peuvent requérir inscription au moyen d'un bordereau collectif, et si, par suite, le conservateur peut faire une inscription collective. La cour de cassation a décidé la question affirmativement, par la raison que la loi ne distingue pas entre le cas où plusieurs créanciers figurent dans l'acte et le cas où il n'y a qu'un

(1) Pont, d'après Tarrible, t. II, p. 351, n° 947. Liége, 3 mai 1871 (*Pasicrisie*, 1871. 2, 283). En sens contraire, Martou, t. III, p. 155, n° 1062 (d'après Baudot, *Traité des formalités hypothécaires*, n° 321).

seul créancier (1). L'argument nous paraît très-faible. « Pour opérer l'inscription, dit l'article 83 (code civil, article 2148), *le créancier* joint deux bordereaux. » Donc *tout créancier* doit prendre inscription et remettre au conservateur les pièces nécessaires; qu'importe que les immeubles hypothéqués soient les mêmes et qu'il n'y ait qu'un seul acte? Cela n'empêche pas qu'il y ait divers créanciers qui ont chacun un droit distinct à conserver; donc chacun doit le faire inscrire. Pour autoriser une inscription collective là où il n'y a pas de solidarité, il eût fallu une disposition expresse de la loi; or, la loi ne prévoit pas le cas d'une inscription collective. A notre avis, le silence de la loi décide la question. C'est aussi en ce sens que l'administration l'a résolue en France.

37. La remise des bordereaux au conservateur est-elle une formalité essentielle pour la validité de l'inscription? Il faut dire des bordereaux ce que nous avons dit de l'expédition de l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque. Les deux bordereaux sont exigés dans l'intérêt du conservateur et du créancier; libre à eux de renoncer à une garantie que la loi établit en leur faveur. Cela est étranger aux tiers; donc les tiers ne peuvent pas se prévaloir de ce qu'il n'y a pas eu de bordereaux (2).

38. Régulièrement le conservateur devrait faire l'inscription aussitôt que la réquisition lui en est faite. L'article 83 (code civil, art. 2148) le suppose; il dit que le créancier représente au conservateur l'expédition du titre et deux bordereaux, puis le conservateur fait mention, sur son registre, du contenu aux bordereaux, et enfin il remet au requérant l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription, dont il indique la date, le volume et le numéro d'ordre. Mais il se peut que le conservateur soit dans l'impossibilité d'opérer l'inscription de suite, à raison du nombre considérable d'affaires dont il est chargé. Comme il importe cependant au créancier que son hypothèque ait rang à partir du jour où il en a requis l'inscrip-

(1) Rejet, chambre civile, 17 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 42). Pont, t. II, p. 352, nos 951-954. Martou, t. III, p. 157, no 1065.
(2) Martou, t. III, p. 182, no 1106. Pont, t. II, p. 351, nos 948 et 949.

tion, la loi veut que le conservateur tienne un registre de dépôts où il constate, par numéros d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises de titres dont on requiert l'inscription; il donne au requérant, s'il le demande, une reconnaissance, sur papier timbré, de la remise des bordereaux destinés à être inscrits. Cette reconnaissance rappelle le numéro du registre sous lequel la remise a été inscrite. La loi ajoute que les conservateurs ne pourront opérer les inscriptions sur les registres qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites (art. 124-126). De cette manière le rang du créancier est assuré à la date du jour où il a fait la remise des bordereaux.

39. « Les frais des inscriptions (1) et de leur renouvellement sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire » (art. 91; code civil, art. 2155). C'est une application du principe d'après lequel les frais doivent être supportés par celui qui les a occasionnés. Or, c'est le débiteur qui occasionne les frais quand il s'agit de priviléges et d'hypothèques conventionnelles, puisque sans la garantie hypothécaire le créancier n'aurait pas traité avec lui. Par la même raison, la loi dispose que les frais de la transcription sont à la charge de l'acquéreur.

La loi est conçue en termes généraux; elle s'applique aux hypothèques légales. Les incapables sont censés stipuler l'hypothèque; les débiteurs doivent donc supporter les frais, d'après le droit commun. Toutefois il y a un doute pour le tuteur; il peut porter en compte toutes les dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet est utile (art. 471); à plus forte raison doit-on lui allouer les dépenses qu'il est obligé de faire, telles que l'inscription de l'hypothèque légale. On objecte que la loi du 11 brumaire an VII (art. 34) autorisait expressément les tuteurs des mineurs et interdits et les curateurs des absents à employer en dépenses, dans le compte de leur gestion, les frais qu'ils auraient payés pour les inscriptions faites sur eux à l'effet de conserver les droits des incapables; le code civil n'ayant pas

(1) On entend par là le prix du timbre, le salaire du conservateur et le droit fiscal. On n'y comprend pas les honoraires qui auraient été payés pour la rédaction des bordereaux (Martou, t. III, p. 238, n° 1176).

reproduit cette disposition, on en conclut que les tuteurs restent sous l'empire de la règle qui met à charge des débiteurs les frais des inscriptions hypothécaires. Le silence de la loi nous paraît très-insignifiant, car il se peut que les auteurs du code aient considéré la disposition de la loi de l'an VI comme inutile, la règle générale de l'article 471 suffisant. Il n'y avait, du reste, aucune raison pour déroger à la loi de brumaire et à l'article 471. La tutelle est une charge gratuite que le tuteur est obligé d'accepter; il est juste qu'il puisse porter en compte les dépenses qu'il fait uniquement dans l'intérêt du pupille (1).

40. L'article 91 (code civil, art. 2155) porte que l'avance des frais d'inscription est faite par celui qui requiert l'inscription, l'*inscrivant*, comme dit la loi. Peu importe que ce soit le créancier ou un tiers qui requiert l'inscription, c'est ensuite à l'inscrivant à exercer son recours contre le débiteur. Il ne convient pas que le conservateur, qui agit dans un intérêt public, doive exercer des actions récursoires contre des débiteurs qui pourraient contester le droit de celui sur la réquisition duquel l'inscription a été opérée.

La loi fait une exception à cette règle pour les hypothèques légales; ceux qui en requièrent l'inscription ne sont pas tenus de faire l'avance des frais, c'est le conservateur qui en doit réclamer le payement contre le débiteur. La loi a eu en vue les hypothèques des incapables; ce ne sont pas les créanciers qui les font inscrire, ce sont des tiers qui interviennent dans l'intérêt des mineurs et des femmes mariées; la loi n'a pas voulu les astreindre à avancer des frais, de crainte que cette obligation ne les empêchât de requérir l'inscription; or, le législateur cherche, par tous les moyens possibles, à obtenir la publicité des hypothèques légales, puisque, dans le système de notre loi, ces hypothèques sont soumises à la publicité, et restent, par conséquent, inefficaces si l'inscription n'est point faite.

(1) Aubry et Rau et les autorités qu'ils citent, t. III, p. 343, note 9, § 275. En sens contraire, Troplong, n° 730 *bis*, et Pont, t. II, p. 440, n° 1065).

§ VII. *Formalités de l'inscription.*

41. La loi belge contient deux dispositions concernant les formalités des inscriptions hypothécaires : l'article 83 (code civil, art. 2148) et l'article 89 (code civil, art. 2153). Cette dernière disposition règle les formalités de l'inscription de l'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes, des établissements publics; elle forme l'exception à la règle établie par l'article 83; la règle est donc applicable à toutes les autres hypothèques, notamment à l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Le code civil appliquait la même disposition (art. 2153) à toutes les hypothèques légales, parce que toutes étaient générales; tandis que, d'après notre loi, les hypothèques des incapables sont soumises au droit commun de la spécialité; par suite, les formalités de l'inscription sont les mêmes, sauf quelques légères différences que nous signalerons.

42. L'article 2 additionnel, qui accorde une hypothèque légale aux mineurs étrangers et aux femmes étrangères, contient un troisième paragraphe ainsi conçu : « Si l'inscription est fondée sur des actes passés à l'étranger, elle ne pourra être prise qu'après que ces actes auront été visés par le président du tribunal de la situation des biens. » C'est l'application de l'article 77, qui porte : « Les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiendront la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. » Il résulte de la combinaison de ces deux articles qu'aucune hypothèque constituée à l'étranger ne peut être inscrite en Belgique qu'après que les actes d'où elle résulte auront été visés. Il en serait même ainsi de l'hypothèque testamentaire, car les articles 77 et 2 additionnel établissent une règle générale. On doit encore l'appliquer aux priviléges résultant d'actes passés à l'étranger; la raison est identique; bien que la loi ne mentionne pas les priviléges, ils sont compris dans la règle établie pour les hypothèques,

puisque les priviléges sont des hypothèques avec deux rangs de préférence.

43. En général, le conservateur prend les inscriptions sur la réquisition des parties intéressées; c'est pour ce motif qu'à notre avis le conservateur ne peut pas faire d'inscription à titre de gérant d'affaires; un tiers peut, sans mandat, requérir le conservateur d'inscrire une hypothèque, mais le conservateur ne peut pas se requérir lui-même. Ce serait agir d'office; or, il n'a le droit d'agir d'office que lorsque la loi lui en fait une obligation : tels sont les cas où il résulte un privilége d'un acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers soumis à la transcription. Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Priviléges*. Pour le moment, il s'agit de savoir dans quelles formes l'inscription d'office doit être faite. La loi ne le dit pas; elle s'en rapporte, par cela même, au droit commun. En effet, l'inscription d'office ne diffère en rien de l'inscription ordinaire, sauf que le conservateur la prend sans en être requis; c'est lui qui la rédige, mais il la rédige comme l'auraient fait les parties intéressées. Il puise les renseignements nécessaires dans les actes qu'il est chargé de transcrire, sans être tenu de les compléter ni de les rectifier. Ainsi si l'acte transcrit ne contient pas d'élection de domicile, le conservateur ne pourra pas en élire un pour le créancier; il résulte de la nature même du domicile élu que c'est le créancier qui doit le choisir (1).

44. L'article 3 de la loi hypothécaire prescrit la publicité des demandes en nullité et en révocation de droits réels immobiliers; cette publicité se fait par voie d'inscription. Il en est de même de la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire; elle doit être rendue publique par la même voie. Restait à déterminer les formalités de cette inscription : c'est l'objet de l'article 84.

(1) Martou, t. III, p. 170, n° 1092.

Nº 1. FORMALITÉS GÉNÉRALES.

I. *Désignation du créancier.*

45. La publicité des priviléges et des hypothèques est établie dans l'intérêt des tiers. De là suit que les inscriptions hypothécaires doivent contenir tous les renseignements que les tiers ont intérêt à connaître. Généralement la désignation du créancier leur est indifférente; elle est prescrite dans l'intérêt du créancier lui-même. Quand le tiers acquéreur veut purger, il doit faire des notifications aux créanciers inscrits; il doit donc trouver dans les inscriptions dont le conservateur lui délivre copie, une désignation exacte des créanciers. Si la désignation était inexacte, il en résulterait que le certificat du conservateur serait incomplet; par suite, les notifications ne pourraient être faites au créancier omis, il resterait étranger à la purge et il perdrait son droit hypothécaire que la purge, quoique faite sans lui, a pour effet d'effacer. Il en est de même en cas d'expropriation forcée; des notifications sont faites aux créanciers inscrits afin qu'ils produisent leurs titres et qu'ils soient colloqués, s'il y a lieu; si la désignation qui se trouve dans l'inscription est insuffisante, le droit des créanciers menacera de périr. Aussi les tiers qui font les notifications en cas d'expropriation et de purge ne supportent pas les conséquences de l'omission qui résulterait d'une indication incomplète du créancier dans l'inscription, elles retombent sur le créancier. C'est donc dans son intérêt que cette première mention est requise. Il y a cependant un cas où la désignation du créancier concerne les tiers; les parties intéressées peuvent demander la radiation de l'inscription dans les cas prévus par la loi; l'action est intentée contre le créancier, et elle ne peut l'être que si l'inscription fait connaître le créancier.

46. Il y a des cas où la désignation du véritable créancier n'est pas requise, au moins dans l'opinion généralement suivie. En cas de cession d'une créance hypothécaire, on admet que l'inscription peut être faite au nom du cédant, bien que, par l'effet de la vente, il cesse d'être créancier.

De même, quand la créance dépend d'une succession, on admet que l'inscription peut se faire au nom du défunt, bien que la créance passe de plein droit aux héritiers. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n°s 8 et 4) (1).

47. La loi veut que l'inscription contienne les nom, prénom, domicile et profession du créancier. Il y a un cas dans lequel cette désignation est impossible, c'est quand la créance appartient à une société de commerce jouissant de la personnification civile; il suffit d'indiquer la raison sociale; il n'est pas nécessaire de faire connaître les associés, car les associés ne sont pas créanciers, c'est l'être moral personnifiant la société auquel la créance appartient (2).

48. La loi exige l'indication du domicile réel, et elle veut de plus que le créancier fasse élection d'un domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau (art. 83; code civil, art. 2148). Pourquoi, outre le domicile réel, faut-il un domicile élu? Le domicile réel est d'ordinaire prescrit pour mieux faire connaître la personne dont on doit indiquer le nom. Il y a un cas dans lequel l'indication du domicile réel est nécessaire dans l'intérêt des tiers et du créancier; d'après le code de procédure (art. 548), les jugements qui prononcent une mainlevée ou une radiation d'inscription hypothécaire doivent être signifiés au domicile de la partie condamnée, c'est-à-dire au domicile réel. Quant au domicile élu, il est nécessaire parce que, d'après l'article 94 (code civil, art. 2156), les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers sont intentées par exploits faits à leur personne, ou au domicile élu. C'est également au domicile élu que se font les notifications en matière de purge (art. 2183; loi hyp., art. 110), et d'expropriation forcée (code de proc., art. 692 et 753). Il suit de là que le domicile d'élection est requis, alors même que le créancier serait domicilié dans l'arrondissement. On a donc raison de dire que le domi-

(1) Pont, t. II, p. 363, n° 963. Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 45).

(2) Martou, t. III, p. 159, n° 1068. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n°s 1484 et 1485.

cile réel est surtout exigé pour individualiser le créancier (1).

49. L'article 83 ajoute : « A défaut d'élection de domicile, toutes significations et notifications relatives à l'inscription pourront être faites au procureur du roi. » Cette disposition décide une difficulté qui s'était présentée sous l'empire du code civil. On prétendait que l'inscription était nulle quand elle ne contenait pas une élection de domicile. Cette opinion ne pouvait se concilier avec le principe de la loi nouvelle, laquelle n'admet la nullité que dans le cas où l'irrégularité cause un préjudice aux tiers; or, dans l'espèce, le seul intérêt qu'aient les tiers à ce qu'un domicile soit élu par le créancier, c'est qu'ils puissent y faire les significations et notifications (n° 48) requises pour certains actes; la conséquence la plus naturelle du défaut d'élection de domicile doit donc être d'autoriser les tiers à faire leurs significations et notifications au procureur du roi. Si le créancier reste dans l'ignorance des actes qu'il lui importe de connaître, il doit s'en prendre à sa négligence (2).

50. Le domicile élu est un domicile fictif, et il est de principe que les fictions ne peuvent pas avoir d'effet en dehors des cas pour lesquels elles ont été établies. Il a été jugé, en conséquence, que les offres de payement qu'un tiers fait au créancier pour être subrogé à ses droits doivent être signifiées, non au domicile élu, mais au domicile réel. En effet, ces offres n'ont rien de commun avec les significations qui doivent être faites en matière d'inscriptions hypothécaires; or, dès que l'on n'est pas dans les termes de la fiction, on rentre dans le droit commun (3).

51. « Il est loisible à celui au profit duquel une inscription existe de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu » (art. 88; code civil, art. 2152). Quand un domicile est élu en vertu d'un contrat, il ne peut pas être changé par la volonté de l'une des parties, parce que, dans ce cas, la clause est un élément de la con-

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° VIII, et le réquisitoire de Merlin (t. XV, p. 61 et 72).
(2) Martou, t. III, p. 159, n° 1070. Pont, t. II, p. 366, n° 970.
(3) Rejet, chambre civile, 5 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 72).

vention; et les conventions ne peuvent être révoquées, en tout ou en partie, que du consentement mutuel des parties contractantes (art. 1134). Il n'en est pas de même quand l'élection de domicile est commandée par la loi, c'est alors un acte unilatéral; tout ce que la loi veut, c'est qu'il y ait un domicile élu dans l'inscription hypothécaire; rien n'empêche donc le créancier de le changer.

La loi ajoute que les *représentants* du creancier peuvent aussi élire un autre domicile. Ces représentants sont ou les héritiers du créancier ou ses cessionnaires. L'article 2152, que la loi belge a reproduit, ajoutait : « ou cessionnaires par *acte authentique* ». De ce que cette partie de l'article n'a pas été reproduite, il ne faudrait pas conclure qu'un cessionnaire par acte sous seing privé aurait le droit de changer le domicile élu par le cédant; l'article 5 de la loi hypothécaire établit comme principe que la cession d'une créance hypothécaire doit être constatée par acte authentique pour que le cessionnaire puisse l'inscrire; il suit de là qu'il ne peut pas faire de changement à l'inscription si la cession n'est pas authentique, car celui qui ne peut pas inscrire ne peut pas non plus modifier l'inscription (1).

52. Le code civil et la loi hypothécaire portent que le créancier peut changer le domicile par lui élu, « à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement ». La règle est que l'inscription doit contenir une élection de domicile; donc si un domicile est élu, on ne peut pas demander que cette mention soit rayée, la loi permet seulement de la remplacer par une autre élection. On enseigne cependant que le conservateur n'aurait pas le droit de refuser la mention d'une révocation pure et simple sur les registres (2). C'est dépasser la loi. Si le conservateur consentait à constater la révocation, il n'en résulterait pas que l'inscription fût nulle; les tiers auraient le droit de faire leurs significations et notifications au procureur du roi. La loi aurait donc pu autoriser le conservateur à mentionner la révocation du domicile élu sans indi-

(1) Martou, t. III, p. 203, n° 1133.
(2) Martou, t. III, p. 202, n° 1132. Comparez Pont, t. II, p. 365, n° 967.

cation d'un nouveau domicile ; mais elle ne l'a pas fait, et il est de principe que le conservateur, comme tout dépositaire d'un registre public, n'y peut rien insérer ni changer qu'en vertu de la loi.

53. Les §§ 2 et 3 de l'article 88 déterminent les formes d'après lesquelles doit se faire le changement de domicile ; ce sont des dispositions nouvelles qui simplifient la marche que l'on suivait sous l'empire du code civil. Le créancier peut, comme on l'exigeait autrefois, remettre au conservateur un acte authentique constatant sa volonté. La loi lui permet aussi d'éviter ces frais en se présentant lui-même au bureau des hypothèques ; il signera sur les registres une déclaration portant changement de domicile. Reste une difficulté. Le conservateur peut ne pas connaître le créancier ou son représentant ; dans ce cas, son identité sera, si le conservateur l'exige, certifiée par un notaire qui signera avec le requérant la déclaration consignée sur le registre (1).

II. *Désignation du débiteur.*

54. La désignation du débiteur est une des mentions les plus essentielles de l'inscription hypothécaire. C'est pour que les tiers sachent que la personne avec laquelle ils vont traiter est grevée d'hypothèques, que la loi prescrit la publicité des charges hypothécaires. C'est aussi sur le débiteur que l'inscription est prise, en ce sens que les registres aux inscriptions contiennent les noms des débiteurs, il n'y a pas de registre spécial contenant les immeubles hypothéqués. Il fallait donc prescrire la désignation la plus exacte du débiteur, afin que les tiers ne fussent pas trompés, en croyant traiter avec une autre personne que celle qui est réellement grevée d'hypothèques.

55. L'inscription doit contenir « les nom, prénoms, profession et domicile du débiteur, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 48).

d'hypothèque. » Cette disposition reproduit l'article 2148 avec une légère modification. Le code civil veut que l'inscription indique les nom, prénoms, domicile du débiteur, *la profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale*. D'après cette rédaction, on pouvait croire, comme Tarrible l'enseignait, que *la désignation individuelle et spéciale* ne se rapportait qu'à la profession. C'était mal interpréter la loi; en effet, l'article 2153, qui contient une disposition tout à fait analogue, dit que l'inscription doit contenir « les nom, prénoms, profession, domicile, ou une *désignation précise du débiteur* »; cette rédaction rendait mieux la pensée du législateur. Il se peut que le créancier qui requiert l'inscription ne connaisse point les mentions que la loi exige, telles que les prénoms et le domicile; le domicile surtout est souvent très-incertain, et, en tout cas, il est plus difficile à connaître que la profession. Voilà pourquoi la loi a dû se contenter, pour le débiteur, d'une désignation individuelle et spéciale qui remplace les mentions particulières qu'elle exige en règle générale. La rédaction de la loi belge fait disparaître tout doute (1).

Il y a, sous ce rapport, une différence entre la désignation du débiteur et celle du créancier. La loi ne se contente pas d'une désignation spéciale pour le créancier; ce qui est très-naturel, car le créancier ne peut pas ignorer ses nom, prénoms, profession et domicile. Toutefois la différence n'est que de théorie. Déjà, sous l'empire du code civil, on admettait qu'il n'y avait rien de sacramentel dans les mentions que la loi prescrit (2). Cela est d'évidence, d'après notre loi hypothécaire : dès que l'inscription fait connaître le créancier, le but de la loi est atteint. Il y a plus, quand même elle ne le ferait pas connaître, l'inscription n'en serait pas moins valable, puisque la désignation du créancier n'intéresse pas les tiers (nº 45).

56. Il se présente une difficulté dans le cas où l'hypothèque a été constituée par un tiers et dans le cas où, lors

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 46).
(2) Pont, t. II, p. 368, nº 972.

de l'inscription, l'immeuble hypothéqué a été aliéné : faut-il prendre l'inscription sur le tiers acquéreur ou sur le débiteur? ou l'inscription prise sur le débiteur doit-elle faire connaître l'acquéreur? Nous avons examiné la question plus haut (n° 11).

57. Sur qui l'inscription sera-t-elle prise si le débiteur vient à mourir? Nous renvoyons également à ce qui a déjà été dit sur ce point (n° 12).

III. *Indication de l'acte.*

58. L'inscription doit contenir, en troisième lieu, « l'indication spéciale de l'acte qui confère le privilége ou l'hypothèque ». On a dit que cette mention est étrangère à la publicité des charges hypothécaires. La commission spéciale répond à l'objection : « Les tiers ont intérêt à consulter les clauses du titre qui peuvent aggraver la condition du débiteur; ils ont intérêt aussi à vérifier la validité de l'inscription qui a été prise. » Or, cette validité dépend de la validité du titre en vertu duquel le créancier a requis l'inscription. Ainsi, il ne suffit pas que l'inscription soit spéciale, il faut que l'acte qui constitue l'hypothèque, ou d'où résulte le privilége, spécialise la créance et les immeubles qui sont affectés à la garantie du créancier. S'il s'agit d'actes soumis à la transcription, les tiers intéressés peuvent consulter le registre aux transcriptions; s'il s'agit d'autres actes, l'inscription les leur fera connaître, et ils pourront en demander la représentation au débiteur avec lequel ils contractent (1).

Reste à savoir quel est le titre qui doit être rendu public. Le code civil disait la *nature du titre*. Était-ce le titre qui constate la créance? ou le titre qui établit l'hypothèque, et d'où résulte le privilége? C'est en ce dernier sens que la loi était généralement interprétée; l'article 83 ne laisse plus aucun doute sur ce point. Que fallait-il entendre par la *nature* du titre? Suffisait-il d'indiquer si le titre était authentique? ou fallait-il déterminer d'une manière plus

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 46 et suiv.).

spéciale en vertu de quel acte l'inscription était prise? La loi belge a consacré cette dernière interprétation et avec raison. Il importe aux tiers de savoir si l'inscription est prise en vertu d'un privilége ou en vertu d'une hypothèque, car autres sont les conditions requises pour l'existence et la conservation des priviléges, autres sont celles que la loi exige pour les divers titres qui établissent ou spécialisent l'hypothèque. Les tiers ont intérêt à savoir si l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. Les conditions de validité diffèrent d'après les diverses hypothèques. C'est pour prévenir tout doute que le législateur belge, au lieu de dire la *nature* du titre, a prescrit l'indication *spéciale* de l'acte qui confère l'hypothèque ou le privilége.

59. L'article 83 exige encore la mention de la *date* de l'acte. Il s'agit toujours du titre qui constitue l'hypothèque, ou d'où résulte le privilége. La validité de l'inscription peut dépendre de la date du titre en vertu duquel elle est faite. Telle serait, par exemple, l'inscription prise en vertu d'une hypothèque consentie par un failli : tout dépend, dans ce cas, de l'époque à laquelle l'hypothèque a été constituée. D'un autre côté, les hypothèques s'éteignent par la prescription; il importe donc aux tiers de savoir à quelle époque l'hypothèque a pris naissance.

60. Quand une créance est cédée, quel est le titre qui doit être indiqué dans l'inscription? Sous l'empire du code, il a été jugé que l'inscription devait indiquer, non l'acte de cession, mais l'acte qui avait donné naissance au privilége ou à l'hypothèque (1). La loi nouvelle tranche la difficulté en disant que l'inscription doit contenir l'indication spéciale de l'acte qui confère l'hypothèque ou le privilége; or, ce n'est pas l'acte de cession qui a établi le droit hypothécaire, c'est l'acte qui a conféré le droit au cédant; c'est donc cet acte que l'inscription doit faire connaître

61. On demande si l'inscription doit indiquer l'acte confirmatif, quand l'acte constitutif de l'hypothèque était nul

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1557. Comparez Pont, t. II, p. 374, n° 982.

et a été confirmé? La question est décidée par le texte et par les principes qui régissent la confirmation. Est-ce l'acte confirmatif qui confère l'hypothèque ou le privilége? Non, car la confirmation n'ajoute rien au titre, elle le purge seulement du vice qui l'entachait; c'est donc toujours l'ancien titre qui reste la source unique du droit hypothécaire; par conséquent l'indication de ce titre suffit. On dira que la confirmation du titre intéresse les tiers, puisque, en validant le titre, elle valide l'inscription. Sans doute, mais le vice qui infecte le titre ne l'empêche pas d'être valable, en ce sens qu'il produit tous ses effets jusqu'à ce qu'il ait été annulé; l'inscription peut donc être prise en vertu d'un titre nul (n° 28). Quand ensuite l'acte est confirmé, cette confirmation devrait aussi être rendue publique, afin de prévenir les tiers qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de la nullité du titre et de l'inscription. Mais la loi ne l'exige pas, et l'interprète ne peut pas ajouter à la loi. Par la même raison il faut décider que si, lors de l'inscription, l'acte était déjà confirmé, il n'est pas nécessaire d'y indiquer l'acte confirmatif (1).

IV. *Indication de la créance.*

62. L'indication de la créance est tout aussi essentielle que celle du débiteur; il ne suffit point que les tiers sachent que les biens de la personne avec laquelle ils se proposent de traiter sont grevés d'hypothèques, il faut qu'ils connaissent le montant des charges hypothécaires, afin qu'ils puissent s'assurer si elle possède encore des garanties de solvabilité. Dans le système de la loi belge, la créance doit être spécialisée par l'acte même qui produit le privilége ou l'hypothèque; il n'y a ni privilége ni hypothèque sans spécialisation. Quand la créance est indéterminée de sa nature, les parties en doivent évaluer le montant : l'inscription n'est, sous ce rapport, que la reproduction de l'acte qui a donné naissance au privilége ou à l'hypothèque.

(1) En sens contraire, Martou, t. III, p. 164, n° 1077.

63. La loi veut que l'inscription indique d'abord le capital, tel qu'il a été spécialisé dans l'acte. Il se peut qu'il y ait une différence entre la somme indiquée dans l'acte et la somme indiquée dans l'inscription. Il s'agit d'une dette indéterminée que les parties avaient évaluée à un chiffre trop élevé; la dette a été liquidée avant que le créancier prenne inscription; il y énonce le capital réel, inférieur à celui qui est porté à l'acte; l'inscription sera valable, puisqu'elle fait connaître le chiffre réel de la dette. Si l'inscription avait été prise avant la liquidation, le créancier pourrait-il exercer son droit hypothécaire pour toute la somme? Non; car l'inscription ne donne aucun droit au créancier; elle rend seulement public le droit qui lui appartient. Le débiteur pourra, dans ce cas, demander que l'inscription soit réduite, puisque l'inscription ne peut jamais dépasser le droit réel; mais il ne peut pas requérir cette réduction sans le consentement du créancier, ou à défaut de ce consentement, sans une sentence judiciaire, car l'évaluation ayant été faite par convention, l'une des parties ne peut la révoquer ni la modifier par sa seule volonté (1).

64. L'inscription doit encore indiquer le montant des *accessoires* des créances pour lesquelles l'inscription est requise. Quels sont ces accessoires? Les plus importants sont les intérêts; nous en traiterons à part, à raison de l'importance de la matière. On comprend encore sous le nom d'accessoires les frais de l'acte d'où procède le privilége ou l'hypothèque; ces frais sont à la charge du débiteur, mais le créancier peut en faire l'avance; dans ce cas, le remboursement des frais constitue une créance accessoire. Il en est de même du coût des bordereaux et de l'inscription.

Faut-il que l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque mentionne ces frais et en évalue le montant? La loi ne l'exige pas; elle prescrit seulement que l'acte détermine la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie. Rien n'empêche, sans doute, les parties intéressées de stipuler

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 47). Pont, t. II, p. 373, n° 987.

que l'hypothèque garantira les accessoires; dans ce cas, il faut aussi que l'acte les évalue. Mais la loi ne fait pas de cette évaluation dans l'acte une condition requise pour que le créancier ait une hypothèque de ce chef; elle part du principe que l'hypothèque établie pour la garantie de la créance principale garantit par cela seul les accessoires de la créance. Seulement le principe de publicité exige que les accessoires soient rendus publics par la voie de l'inscription; la loi suppose que lors de l'inscription ces accessoires sont liquides; rien n'empêche donc le créancier de les indiquer. S'ils n'étaient pas liquides, le créancier ne pourrait pas les mentionner dans l'inscription, car il ne peut pas y avoir d'inscription sans créance; la loi déroge à ce principe pour les intérêts, comme nous allons le dire, mais elle n'y déroge point pour les autres accessoires; ceux-ci restent donc sous l'empire de la règle. Cela résulte du texte même de la loi; l'article 83 met les accessoires sur la même ligne que le capital; ce qui implique que les accessoires sont dus.

65. Les frais ordinaires sont liquides au moment où le créancier prend inscription. Il n'en est pas de même des dépens que le créancier a dû faire en justice. S'agit-il de frais faits pour la réalisation du gage hypothécaire, le créancier n'a pas besoin de les inscrire, puisque ces frais sont privilégiés. Mais les frais et dépens qu'un créancier fait en justice pour faire reconnaître son droit contre le débiteur qui le conteste ne sont pas privilégiés. Sont-ils compris dans les accessoires pour lesquels le créancier peut prendre inscription? L'affirmative est admise par la doctrine et par la jurisprudence, bien que, en principe, cela soit très-contestable. La cour de cassation formule la règle en termes absolus : « L'accessoire suit la nature du principal; par suite, les frais dûment faits pour obtenir le payement d'une créance ont droit aux mêmes garanties que la créance (1). » Le créancier jouit donc de son hypothèque pour la garantie de ces frais, mais à la condition de prendre inscription après qu'ils ont été liquidés, à moins qu'il n'ait

(1) Cassation, 4 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 57).

stipulé dans l'acte constitutif que l'hypothèque assurerait les frais éventuels, en déterminant une somme approximative pour laquelle inscription pourra être prise en même temps que pour le capital (1).

V. *Des intérêts de la créance.*

66. Les intérêts sont l'accessoire naturel de la créance; il en résulte que l'hypothèque qui garantit la créance principale garantit aussi les intérêts, sans qu'il soit besoin d'une stipulation dans l'acte d'où procède le privilége ou l'hypothèque. Est-ce à dire que l'inscription prise pour le capital vaille aussi pour les intérêts? Non, car il ne suffit pas que l'hypothèque existe, il faut aussi qu'elle soit rendue publique pour avoir effet à l'égard des tiers. Or, l'inscription prise pour le capital ne ferait pas connaître le montant des intérêts auxquels le créancier aura droit : les tiers contracteraient, par conséquent, dans l'ignorance du montant réel de la créance hypothéquée; ce qui serait contraire au principe de publicité. Pour que la publicité soit réelle, il faut que les tiers connaissent le montant des intérêts qui sont dus au créancier, et garantis par l'hypothèque au moment où ils traitent avec le débiteur.

67. Pour l'application du principe, il faut distinguer les intérêts échus lors de l'inscription et les intérêts qui écherront postérieurement. L'article 87 (code civil, art. 2151) parle des intérêts à échoir; quant aux intérêts échus, au moment où le créancier prend inscription pour le capital, ils sont régis par le droit commun applicable à tous les accessoires. Ces intérêts sont garantis par l'hypothèque, mais pour que le créancier puisse faire valoir son droit hypothécaire, il doit rendre sa créance publique, les intérêts aussi bien que le capital; s'il indiquait seulement le capital, sans mentionner les intérêts, il ne serait pas colloqué pour les intérêts échus, sauf à prendre une inscription à part pour les intérêts, mais cette inscription ne lui donnerait rang qu'à partir de sa date. Si le créancier ne prenait

(1) Aubry et Rau et les auteurs qu'ils citent, t. III, p. 426 et note 30.

aucune inscription pour les intérêts échus, il ne pourrait pas même se prévaloir de l'article 87 (code civil, art. 2151), d'après lequel le créancier a droit d'être colloqué, sans inscription, pour trois années; en effet, cette disposition se rapporte aux intérêts à échoir, comme nous allons le dire; quant aux intérêts échus au moment où le créancier requiert l'inscription pour le capital, il n'y avait aucune raison de les allouer au créancier par préférence aux tiers. Le créancier peut, sans doute, réclamer les intérêts contre le débiteur, mais pour jouir de son hypothèque contre les tiers, il doit les rendre publics, sinon les tiers seraient trompés, puisque l'inscription prise pour le capital sans mention des intérêts doit leur faire croire qu'il n'y avait pas d'intérêts dus lors de l'inscription; or, le but de la publicité est précisément de faire connaître aux tiers la dette garantie par l'hypothèque (1).

68. Quant aux intérêts à échoir, l'article 87 porte : « Le créancier privilégié ou hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué pour trois années seulement, au même rang que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les autres intérêts ou arrérages. » Il résulte de cette disposition que l'hypothèque consentie pour le capital garantit les intérêts, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse; c'est l'application du principe que nous venons de rappeler (n° 66). Mais pour que le créancier puisse faire valoir son droit de préférence contre les tiers, il faut qu'il le rende public par la voie de l'inscription. Cette inscription, d'après le droit commun, ne pourrait être prise que lorsque les intérêts seraient échus, puisque l'on ne peut pas rendre public un droit qui n'existe point. La loi déroge à la rigueur des principes en donnant au créancier le droit d'être colloqué, sans inscription, pour trois années d'intérêts, au même rang que le capital; ce qui revient à dire que l'inscription pour le capital vaut pour trois années

(1) Duranton, t. XX, p. 231, n° 148, et tous les auteurs, sauf le dissentiment de Persil, t. II, p. 76, n° VI de l'article 2151.

d'intérêts à échoir. Quelle est la raison de cette exception? Si l'on avait appliqué le droit commun, le créancier aurait dû prendre chaque année une inscription pour les intérêts échus et non payés; ces inscriptions particulières auraient été très-frayeuses et n'auraient pas même donné une entière garantie au créancier, puisqu'il aurait été primé par les créanciers inscrits avant lui. Le législateur a voulu lui donner la même sûreté pour les intérêts que pour le capital, mais en la limitant aux intérêts de trois années. Cette limitation était commandée par les principes et par l'équité. Si la loi avait étendu à tous les intérêts l'inscription prise pour le capital, elle aurait dérogé au principe de publicité, puisque les tiers n'auraient pas pu connaître par l'inscription le montant de la créance garantie par l'hypothèque; le capital, par l'accumulation des intérêts, aurait pu être doublé; ce qui eût induit les tiers en erreur. L'équité eût été blessée aussi bien que le droit des tiers. En effet, c'est au créancier de poursuivre le débiteur quand plus de trois ans d'intérêts sont en souffrance; il ne faut pas que sa négligence porte préjudice aux tiers. Or, donner rang à un créancier pour tous les intérêts à échoir, en vertu de l'inscription prise pour le capital, c'eût été encourager et favoriser sa négligence. En restreignant l'effet de l'inscription à trois années, la loi concilie tous les droits (1).

69. L'inscription pour le capital vaut inscription pour trois années d'intérêts; mais il faut pour cela que l'inscription porte que le capital est productif d'intérêts. Cela résulte du texte; l'article 87 (code civil, art. 2151) porte : « Le créancier *inscrit pour un capital produisant intérêts.* » Il faut donc que l'inscription fasse connaître aux tiers que la dette hypothécaire produit des intérêts; à défaut de cette mention, le créancier ne pourrait pas réclamer le bénéfice de la loi. En effet, la disposition de l'article 87 (code civil, art. 2151) est exceptionnelle (n° 68); dès que le créancier ne se trouve plus dans le cas prévu par l'exception, il rentre dans la règle, et la règle exige

(1) Martou, t. III, p. 189, n°s 1115 et 1116. Pont, t. II, p. 403, n° 1013. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 420, note 10, § 285.

une inscription pour toute créance hypothécaire. La condition que la loi exige pour que le créancier soit colloqué, sans inscription, pour trois années d'intérêts est aussi fondée en raison. Les tiers doivent avoir une connaissance exacte du montant de la créance hypothéquée; il faut donc que l'inscription les prévienne que le créancier a droit à être colloqué pour trois années d'intérêts au même rang que pour le capital; or, si l'inscription ne mentionnait pas que la dette est productive d'intérêts, les tiers devraient croire que le créancier n'a pas stipulé d'intérêts; et si, ensuite, il avait droit à être colloqué pour trois années d'intérêts, ils seraient induits en erreur, ce qui est contraire au principe de publicité (1).

70. L'article 87 donne droit au créancier, inscrit pour un capital productif d'intérêts, d'être colloqué pour trois années d'intérêts à échoir. D'après le code civil (art. 2151), il était colloqué pour deux années et pour l'année courante; le sens de cette disposition était controversé ; les auteurs de la loi belge ont admis l'interprétation la plus rationnelle, en allouant au créancier trois années d'intérêts. Cette limite est évidemment arbitraire, comme l'est tout délai déterminé par loi. Ce que le législateur a de mieux à faire, en ces matières, c'est de s'en tenir à la tradition, et c'est aussi ce que le législateur belge a fait, en reproduisant la disposition du code civil, avec la signification qui lui était généralement donnée.

Reste à savoir quelles sont les trois années d'intérêts auxquelles le créancier a droit. La question a été prévue lors des travaux préparatoires. On lit dans le rapport de la commission spéciale : « C'est au moment où l'inscription produit son effet, en conférant au créancier un droit sur le prix, que s'arrête le terme de trois années d'intérêts placés au même rang d'hypothèque que le capital. » C'était l'opinion généralement suivie sous l'empire du code civil : le législateur a donc entendu consacrer la tradition. Le rapport fait à la chambre des représentants le dit : le terme de trois ans s'arrête au moment où le droit du créancier

(1) Duranton, t. XX, p. 231, nº 147, et tous les auteurs.

sur l'immeuble se transforme en un droit sur le prix. Quel est ce moment? Cette question, dit le rapporteur, se rattache à celle de savoir quelle est l'époque à laquelle les inscriptions ne doivent plus être renouvelées (1). Nous y reviendrons en traitant de la péremption des inscriptions.

Les rapports disent que le terme de trois années s'arrête lorsque l'inscription a produit son effet. Ce sont donc régulièrement les trois années précédant cette époque qui sont garanties par l'inscription du capital. Peu importe du reste aux tiers quelles sont les trois années pour lesquelles le créancier est colloqué, pourvu que ce soient des années postérieures à l'inscription. L'inscription leur fait connaître s'il y a des intérêts échus; et la loi leur apprend que parmi les années à échoir il y en a trois pour lesquelles le créancier sera colloqué au même rang que pour le capital. Telle est aussi l'interprétation que l'on donnait au code civil (2).

71. L'article 87 de la loi belge et l'article 2151 du code civil parlent d'un capital produisant *intérêts* ou *arrérages*. Le mot *arrérages* s'emploie des capitaux placés en rentes, soit perpétuelles, soit viagères. Il n'y a pas de doute quant aux rentes perpétuelles, puisqu'elles ont un capital. Mais on a prétendu que la loi ne s'appliquait pas aux rentes viagères, qui n'ont pas de capital, le placement se faisant, comme on dit, à fonds perdu; le créancier n'a droit qu'aux arrérages, lesquels comprenant plus que les intérêts sont pour lui un capital. Faut-il conclure de là que le crédirentier ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 87 (code civil, art. 2151), qu'il doit par conséquent prendre une inscription spéciale pour les arrérages au fur et à mesure qu'ils sont dus et non payés? Cette interprétation, consacrée par la cour de Bordeaux, n'a pas trouvé faveur; la cour elle-même l'a abandonnée. Il n'est pas exact de dire que la rente viagère n'a point de capital : c'est confondre le droit à la rente avec les produits du droit. Le

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 55). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 150). Gand, 11 août 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 44). La cour s'en rapporte au jugement du tribunal de première instance, et la *Pasicrisie* ne donne pas le jugement.

(2) Martou, t. III, p. 192, nº 1119.

droit à la rente appartient au crédirentier, comme compensation du capital qu'il a fourni au débiteur ; il y a donc un capital. D'un autre côté, la loi parle des arrérages en termes généraux, ce qui comprend la rente viagère aussi bien que la rente perpétuelle. Enfin l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Les arrérages échoient chaque année, comme les intérêts ; il y a donc identité de motif pour appliquer aux arrérages, quels qu'ils soient, la disposition qui régit les intérêts (1).

72. Quant aux intérêts des capitaux, ils tombent sous l'application de l'article 87 (code civil, art. 2151), quand le capital est déterminé et que les intérêts sont périodiquement exigibles. Il suit de là, d'abord, que la loi n'est pas applicable aux intérêts des intérêts. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte ne parle que des intérêts dus pour un capital. Or, quand des intérêts produisent de nouveaux intérêts, il se forme un nouveau capital ; il faut donc que ce capital soit inscrit, en supposant qu'il soit garanti par l'hypothèque, pour que cette inscription assure les intérêts qu'il produira. On peut stipuler les intérêts des intérêts, mais d'après le texte du code (art. 1154), il faut que les intérêts soient échus ; donc il faut une convention postérieure à la première, convention qui capitalise les intérêts échus et qui les garantisse par une hypothèque. Ainsi il faut un nouveau contrat d'hypothèque et une inscription nouvelle faite en vertu de ce contrat pour que les intérêts capitalisés produisent des intérêts garantis par cette inscription. Ces conditions requises pour la capitalisation des intérêts nous placent en dehors du texte de l'article 87 (code civil, art. 2151). L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pour que le créancier puisse faire valoir son droit de préférence quant aux intérêts à échoir, il faut qu'il existe une inscription pour le capital ; or, l'inscription prise pour le capital primitif ne fait pas connaître le nouveau capital qui sera formé par les inté-

(1) Rejet, 13 août 1818 ; Bordeaux, 3 février 1829 et 15 février 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2410). En sens contraire, Bordeaux, 23 août 1823 (ou 1826) (Dalloz, au mot *Rente viagère*, n° 150). Comparez Pont, t. II, p. 416, n° 1029, et tous les auteurs.

rêts capitalisés, donc elle ne peut pas être opposée aux tiers. La doctrine (1) et la jurisprudence sont en ce sens (2).

73. Les intérêts simples sont compris dans l'article 87 (code civil, art. 2151) tant que l'inscription n'a pas produit son effet, c'est-à-dire, comme l'expliquent les rapports des commissions (n° 70), tant que le droit du créancier sur l'immeuble n'est pas converti en un droit sur le prix. Dans notre opinion, comme nous le dirons plus loin, l'inscription, en cas de vente forcée, produit son effet à partir de l'adjudication. Au moment où l'inscription cesse d'être nécessaire, les intérêts des trois dernières années sont payés par l'adjudicataire en vertu de l'inscription du capital; il doit payer aussi les intérêts qui continuent à courir jusqu'à la distribution, mais ce n'est plus en vertu de l'inscription, c'est en vertu de l'adjudication. C'est une application du principe que le créancier doit obtenir par l'effet du jugement tout ce qu'il aurait obtenu si le jugement avait pu être rendu de suite; il ne faut pas que les lenteurs de la procédure nuisent au créancier; le code de procédure ne laisse aucun doute sur ce point (art. 757, 759, 767 et 770). L'opinion contraire conduirait à une conséquence absurde, à savoir que les intérêts ne seraient pas assurés par l'hypothèque, alors que l'inscription a produit son effet. Après l'adjudication, l'inscription ne doit plus être renouvelée, quand même les quinze ans pendant lesquels elle conserve l'hypothèque seraient expirés : l'inscription est périmée dans ce cas, et s'il fallait appliquer l'article 87, il faudrait en conclure que le créancier ne peut plus réclamer les intérêts en vertu de son hypothèque, cette hypothèque étant devenue inefficace par la péremption de l'inscription. Du moment que l'inscription ne doit plus être renouvelée, il ne faut plus en tenir compte; le créancier peut réclamer les intérêts en vertu de la convention qui les lui alloue, au même titre que le capital, donc par préférence aux créanciers chirographaires (3). Cela suppose que l'inscription ne

(1) Martou, t. III, p. 197, n° 1124. Pont, t. II, p, 415, n° 1027,
(2) Angers, 25 novembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 53). Bourges, 30 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 52). Aubry et Rau, t. III, p. 420, note 9, § 285).
(3) Martou, t, III, p, 197, n° 1125, Cassation, 21 novembre 1819, sur les

doit pas être renouvelée après l'adjudication. Il y a controverse sur ce point; nous y reviendrons.

74. Nous disons que l'article 87 (code civil, art. 2151) ne s'applique qu'aux intérêts périodiquement exigibles, en vertu d'une dette capitale déterminée et partant invariable. Il suit de là que la loi n'est pas applicable à l'ouverture du crédit, tant que le compte courant n'est pas arrêté. Les intérêts qui courent pendant la durée du compte se confondent avec le capital, le créditeur ne les exige pas du crédité, il les porte en compte de ce que le crédité doit comme il porte à son crédit les valeurs que le crédité lui remet, ainsi que les intérêts de ces remises. Il n'y a donc ni capital déterminé, ni intérêts exigibles, aussi longtemps que le compte n'est pas arrêté; dès lors le texte de l'article 87 n'est pas applicable. Il en est de même de l'esprit de la loi. Si la loi alloue au créancier des intérêts à échoir, au même rang que le capital, mais seulement pour trois années, c'est pour concilier les droits du créancier et l'intérêt des tiers. Or, quand un crédit est ouvert au débiteur, sous forme de compte courant, le droit du créancier est sauvegardé par l'inscription que le contrat l'autorise à prendre, inscription qui comprend tout ce qui pourra lui être dû, y compris les intérêts. Par cela même, les tiers sont hors de cause; l'inscription leur fait connaître le montant de la somme pour laquelle le créditeur pourra exercer son action hypothécaire : cela suffit pour garantir leurs droits. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1). Quand le compte sera arrêté, on rentrera dans le cas prévu par l'article 87; le créancier sera colloqué, sans inscription nouvelle, pour trois années d'intérêts, au même rang que le capital, pourvu que ce capital n'excède pas le chiffre du crédit pour lequel l'hypothèque a été consentie, et pour lequel inscription a été prise.

75. Ce même principe s'applique à l'hypothèque légale du mineur. L'article 87 (code civil, art. 2151) est applica-

conclusions de Merlin (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2426). Rejet, 5 juillet 1827 (Dalloz, *ibid.*, n° 2427).

(1) Douai, 10 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 19). Martou, t. III, p. 193, n° 1121. Pont, t. II, p. 416, n° 1028.

ble aux hypothèques légales, puisqu'il parle des hypothèques inscrites; et, d'après notre loi, les hypothèques des mineurs et des femmes mariées sont soumises au droit commun en ce qui concerne la spécialité et la publicité. Mais il faut voir en quel sens l'application du droit commun est possible. La loi veut que les intérêts qui courent au profit du mineur pendant la tutelle soient capitalisés; le mineur n'y a donc pas droit à titre d'intérêts, il y a droit à titre de capital; ce qui nous place hors de l'article 87. Mais à partir de l'arrêté de compte le pupille entre dans le droit commun; il a droit aux intérêts du reliquat (art. 474); ces intérêts sont garantis par l'inscription prise sur les biens du tuteur pour trois années, sans inscription nouvelle, par application de l'article 87. En disant qu'il a droit aux intérêts, nous supposons que la créance du mineur ne dépasse pas la somme jusqu'à concurrence de laquelle inscription a été prise sur les biens du tuteur. Si, par suite des intérêts dus au mineur, sa créance venait à dépasser celle qui a été spécialisée, le conseil de famille devrait avoir soin de prendre une inscription supplémentaire. Quant à la femme mariée, elle n'a pas droit aux intérêts de ses récompenses pendant la durée de la société conjugale; c'est seulement quand elle est liquidée que l'article 87 devient applicable, bien entendu quand des intérêts lui sont dus. Il en est ainsi, sous le régime de la communauté, pour les remplois et récompenses que la communauté doit à la femme; les intérêts courent de plein droit du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473). Sous le régime dotal, la femme a aussi droit aux intérêts de sa dot à partir de la dissolution du régime (art. 1570). Ces intérêts sont dus pour une somme déterminée et exigibles périodiquement; donc la femme est dans le droit commun; elle peut invoquer le bénéfice de l'article 87, pourvu que l'inscription qu'elle a prise soit suffisante pour couvrir le montant de ses reprises, intérêts compris (1).

76. La loi belge tranche une difficulté qui s'était pré-

(1) Martou, t. III, p. 192, nº 1120.

sentée sous l'empire du code civil. L'article 2151 parlait du *créancier inscrit* pour un capital produisant intérêts. Ces termes comprenaient-ils le créancier privilégié? On admettait généralement que la limitation de trois ans ne recevait pas d'application aux priviléges; en conséquence, on colloquait les créanciers privilégiés, pour tous les intérêts qui leur étaient dus, au même rang que pour le capital. C'était un droit exorbitant. Le privilége immobilier n'est qu'une hypothèque; la seule différence qui existe entre le créancier privilégié et le créancier hypothécaire, c'est que le premier a un double rang de préférence; du reste, ils sont soumis l'un et l'autre à la loi de spécialité et de publicité; or, ces principes ne permettent pas d'exercer le droit de préférence contre les tiers pour une créance qui n'est point déterminée dans l'inscription. Il n'y a aucune raison de faire, sous ce rapport, une différence entre le privilége et l'hypothèque. La loi belge s'est écartée, en ce point, de la jurisprudence du code civil. On lit dans le rapport fait à la chambre des représentants : « La commission a cru que, tous les priviléges étant soumis à la publicité, il n'est pas possible d'établir à leur égard des règles particulières. L'intérêt des tiers s'y oppose : quelle que soit la cause de la créance, les tiers ne doivent pas être induits en erreur sur l'existence des charges réelles qui grèvent les biens du débiteur. D'un autre côté, c'est aux créanciers privilégiés à se montrer diligents et à ne pas laisser accumuler des intérêts outre mesure. Un créancier, quel qu'il soit, ne mérite pas de faveur si, contre l'usage des bons pères de famille, il néglige de réclamer les arrérages qui augmentent la dette au préjudice des tiers (1). »

77. Il résulte du système que le code civil et la loi hypothécaire suivent en matière d'intérêts que l'inscription du capital ne suffit point pour sauvegarder les droits du créancier; si plus de trois ans d'intérêts lui sont dus, il doit prendre des inscriptions particulières, lesquelles, dit l'article 87, *portent hypothèque* à compter de leur date. L'expres-

(1) Rapport de Lelièvre (Parent, p. 180 et 273). Sur le droit français, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 422, note 15, § 285.

sion *porter hypothèque* est singulière; elle n'est pas juridique. C'est le contrat d'hypothèque qui engendre le droit hypothécaire; l'inscription ne le crée pas, elle le conserve. Il faut donc dire que le créancier n'aura rang, en vertu des inscriptions supplémentaires qu'il prendra, qu'à partir de la date de ces inscriptions. On demande quand le créancier pourra prendre ces inscriptions nouvelles? Nous avons d'avance répondu à la question en rappelant le principe qui gouverne la matière (n° 68). On ne peut prendre inscription que pour une dette existante; donc le créancier ne pourra requérir une inscription supplémentaire pour les intérêts qu'au fur et à mesure de leur échéance (1).

78. Il reste une difficulté. On demande si l'article 87 (code civil, art. 2151) est applicable dans les cas où l'inscription ne peut plus être prise après le délai que la loi établit. Quand le débiteur vient à mourir, l'inscription ne peut plus être prise après les trois mois de l'ouverture de la succession; et quand il tombe en faillite, le créancier ne peut plus prendre inscription après le jugement déclaratif. On suppose que le créancier a pris inscription pour le capital avant ces délais : pourra-t-il requérir des inscriptions supplémentaires après l'expiration des délais légaux? L'affirmative n'est pas douteuse; ce que la loi a voulu prévenir en cas de mort du débiteur, c'est que la liquidation de la succession fût entravée par un créancier négligent; or, si le créancier a pris inscription pour le capital, il n'a pas été négligent, il a conservé son droit; la loi veut seulement qu'il complète son inscription pour les intérêts à échoir, afin d'avertir les tiers. Après le décès du débiteur, il ne peut plus être question de nouvelles conventions; ce qu'il importe aux héritiers de savoir, c'est si la créance est hypothécaire; ils le savent par l'inscription du capital; il est vrai que cette inscription ne leur fait pas connaître le montant des intérêts à échoir qui ont couru depuis l'inscription du capital; mais, sachant qu'un créancier a une hypothèque, ils n'ont qu'à le sommer de prendre inscription pour les intérêts.

(1) Martou, t. III, p. 199, nos 1127 et 1128. Pont, t. II, p. 412, n° 1022.

Il en est de même en cas de faillite. La situation respective des créanciers est fixée par le jugement qui déclare la faillite du débiteur. Après cette époque, l'un des créanciers ne peut plus inscrire son hypothèque, puisque ce serait altérer une situation devenue immuable. Ce motif ne reçoit pas d'application aux inscriptions qu'un créancier prend pour les intérêts. Le créancier ne change pas sa situation, il était hypothécaire, il avait conservé son droit en prenant inscription; il conserve donc sa position acquise, seulement il la détermine et la fixe en faisant connaître les intérêts auxquels il a droit. L'article 451 de la loi sur les faillites prouve que tel est l'esprit de la loi; les intérêts des créances privilégiées et hypothécaires continuent à courir malgré la déclaration de faillite; la loi se borne à limiter l'exercice de ce droit quant aux immeubles qui sont grevés du privilége ou de l'hypothèque. Pour que le créancier puisse exercer ce droit, il faut qu'il prenne inscription des intérêts non conservés par l'inscription du capital; la loi lui permet donc implicitement de prendre inscription pour ces intérêts dans le cours de la faillite. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

79. Nous avons dit que la cession de biens ne peut être assimilée à la faillite, pas plus que la déconfiture. Il en résulte que le créancier peut toujours prendre inscription pour le capital sur le débiteur; à plus forte raison le peut-il pour les intérêts. La cour de Limoges est allée plus loin; elle a décidé que le créancier avait droit aux intérêts sans nouvelle inscription, à partir de la cession, par la raison que la cession avait pour effet d'immobiliser les fruits des immeubles, comme ils sont immobilisés par la saisie réelle dénoncée au débiteur. Cela nous paraît très-douteux; comment peut-on assimiler la cession à une saisie, alors qu'elle a pour but de prévenir l'expropriation forcée? La cession n'est qu'un mandat de vendre; dès lors les parties restent sous l'empire du droit commun en ce qui concerne les

(1) Martou, t. III, p. 200, n°s 1129 et 1130. Pont, t. II, p. 414, n° 1024. Aubry et Rau, t. III, p. 425, note 17, § 285.

(2) Rejet, 20 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 102). Comparez Rejet, 24 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 46).

inscriptions à prendre pour assurer l'effet de l'hypothèque; partant, l'article 87 (code civil, art. 2151) reste applicable.

Autre est la question de savoir si les créanciers, en consentant la cession, peuvent stipuler qu'ils auront droit aux intérêts sans être tenus de prendre une inscription supplémentaire. L'affirmative n'est pas douteuse; les créanciers peuvent régler leurs droits entre eux comme ils l'entendent, sans être liés par la disposition de l'article 87. Bien entendu que leurs conventions n'auront d'effet qu'à l'égard de ceux qui ont consenti la cession; ceux qui n'ont pas consenti devront prendre une inscription supplémentaire pour conserver leurs droits (1).

80. Qui peut se prévaloir de la disposition de l'article 87 (code civil, art. 2151)? Tous ceux dans l'intérêt desquels la loi exige l'inscription, puisque la loi veut une inscription particulière pour les intérêts à échoir. Or, dans l'opinion générale, la publicité des hypothèques est prescrite dans l'intérêt des créanciers chirographaires aussi bien que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires. Cela décide la question. On a soutenu le contraire, et le débat a été porté jusque devant la chambre civile. A notre avis, le principe même est douteux (t. XXX, n° 551) et, partant, la conséquence que l'on en déduit. L'arrêt de la cour de cassation n'apporte pas de nouvelles lumières dans la discussion (2); de sorte qu'il est inutile de renouveler le débat.

VI. *De l'époque de l'exigibilité.*

81. L'article 83, 4° (code civil, art. 2148), exige encore que l'inscription fasse connaître le terme assigné au payement du capital et des accessoires. Quel est le motif de cette formalité? D'après notre nouvelle loi, elle a pour le tiers acquéreur une utilité qu'elle n'avait point sous l'empire du code civil; en effet, l'acquéreur qui veut purger

(1) Limoges, 13 mars 1869 et Rejet, chambre civile, 30 mars 1870 (Dalloz, 1870, 1, 217).
(2) Rejet, chambre civile, 15 avril 1846 (Dalloz, 1852, 1, 119). C'est aussi l'opinion des auteurs (Aubry et Rau, t. III, p. 420, note 11, § 285).

jouit du terme que le contrat stipulait en faveur du débiteur (art. 113); tandis que, d'après le code civil, il devait payer, jusqu'à concurrence de son prix, toutes les créances exigibles ou non exigibles (1). Quant aux créanciers qui traitent avec le débiteur, alors que ses biens sont grevés d'inscriptions, ils sont intéressés à savoir s'il jouit d'un terme pour l'acquittement de ses obligations, ou si les dettes sont déjà exigibles; dans le premier cas, ils pourront lui donner un crédit que, dans le second cas, il serait imprudent de lui accorder.

82. On voit que l'indication du terme est une des formalités les moins importantes au point de vue de l'intérêt des tiers; il en était surtout ainsi sous l'empire du code civil. Néanmoins on soutenait que l'omission de cette formalité entraînait la nullité de l'inscription (2); ce qui entraînait régulièrement la perte de la créance. La loi du 4 septembre 1807 consacra cette opinion rigoureuse. Il va sans dire que cette loi est abrogée par notre loi hypothécaire, qui n'admet la nullité de l'inscription que dans le cas où l'omission d'une formalité a causé un préjudice aux tiers (art. 85). Voici quelle sera la conséquence très-simple de l'inobservation de la loi en ce qui concerne l'époque de l'exigibilité. Si l'inscription n'indique aucun terme, la créance sera considérée comme exigible à l'égard des tiers qui auront intérêt à se prévaloir du défaut du terme. Ainsi l'acquéreur qui purge aura le droit de payer les dettes dont le terme n'aura pas été indiqué, bien que ce terme ait été stipulé en faveur du créancier; le créancier ne peut pas opposer aux tiers une clause du contrat qu'il ne leur a pas fait connaître par l'inscription. Si l'inscription indique un terme qui ne se trouve pas dans le contrat, les tiers intéressés pourront opposer au créancier la mention qui se trouve dans l'inscription; car, en l'insérant, il les a induits en erreur, c'est à lui de supporter les conséquences de son fait (3).

(1) Martou, t. III, p. 166, n° 1083. Comparez Grenier, t. I, n° 79, et Troplong, n° 685.
(2) Voyez, sur cette loi, Pont, t. II, p. 383, n° 993.
(3) Martou, t. III, p. 166, nos 1084 et 1085.

83. La mention de l'époque de l'exigibilité doit-elle se trouver dans l'inscription des hypothèques légales? Non, l'époque légale, les tiers la connaissent; tout le monde sait que le mineur n'a d'action contre son tuteur que lorsque la tutelle prend fin, et que la femme ne peut agir contre son mari que lorsque le régime sous lequel les époux sont mariés vient à cesser. Ce n'est pas là ce que la loi entend par le terme assigné au payement; elle suppose que la créance a un terme fixe, c'est cette époque que l'inscription doit faire connaître. Or, pour les hypothèques légales, cela est impossible; on ne peut prévoir ni le jour où la tutelle finira, puisqu'elle peut cesser avant la majorité, ni le jour de la dissolution du régime, lequel est tout à fait éventuel.

84. L'article 83 ne parle pas de la condition; elle doit être indiquée dans l'inscription en vertu de l'article 80, auquel nous renvoyons (t. XXX, n° 526).

VII. *De la nature et de la situation des immeubles.*

85. L'inscription doit contenir « l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'inscrivant entend conserver son privilége ou son hypothèque ». C'est l'élément le plus essentiel de l'inscription hypothécaire, car celui qui traite avec une personne en stipulant une garantie réelle a surtout intérêt à connaître les charges qui grèvent l'immeuble; et le tiers acheteur doit savoir si l'immeuble est grevé ou s'il est libre.

86. Il y a une différence de rédaction entre l'article 83, n° 5, et l'article 2148, que notre loi hypothécaire ne fait que reproduire. Le code civil se contentait de l'indication de l'espèce et de la situation des immeubles. On en concluait, à tort, que l'article 2148, n° 5, interprétait l'article 2129 relatif à la spécialité de l'hypothèque; et on en concluait, encore à tort, que la condition de spécialité était remplie lorsque le titre contenait une énumération générale des biens situés dans une commune. Les auteurs de la loi belge ont été plus rigoureux, et, afin que l'on ne pût pas se prévaloir de la mention concernant les immeubles que l'inscription doit contenir, pour mal interpréter la condition

de spécialité, ils ont reproduit dans l'article 83 les termes de l'article 78; de sorte que l'article 83 vient confirmer ce qu'avait dit ce dernier article (1).

87. Nous avons dit à quelles conditions le créancier peut stipuler qu'il aura le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué dans la forme des ventes volontaires (n° 77). La loi du 15 août 1854 veut que la stipulation de voie parée soit rendue publique par l'inscription (art. 90).

N° 2. DES FORMALITÉS SPÉCIALES PRESCRITES PAR LES ARTICLES 84 ET 89.

I. *De l'article* 84.

88. L'article 3 de la loi hypothécaire veut que les demandes en nullité ou en révocation d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers soient rendues publiques par la voie de l'inscription. Il en est de même des décisions rendues sur ces demandes. L'inscription doit se faire en marge de la transcription.

L'article 84 détermine les formalités de l'inscription. S'il s'agit d'une demande en nullité ou en résolution, les parties intéressées doivent présenter au conservateur, soit par elles-mêmes, soit par un tiers, deux extraits sur timbre contenant les noms, prénoms, professions et domiciles du demandeur et du défendeur, les droits dont l'annulation ou la révocation est demandée et le tribunal qui doit connaître de l'action. Le motif de ces indications se comprend par l'objet que le législateur a eu en vue en prescrivant la publicité. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 3 dans le chapitre relatif à la transcription.

Quant à l'inscription des jugements rendus sur la demande, la loi veut que l'inscrivant présente au conservateur deux extraits sur timbre, délivrés par le greffier, contenant les noms, prénoms, professions et domiciles des parties, le dispositif de la décision et le tribunal ou la cour qui l'a rendue. Pourquoi la loi veut-elle que ces extraits soient délivrés par le greffier? Généralement elle ne dit pas

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 47).

par qui doivent être rédigés les bordereaux ou extraits d'après lesquels le conservateur fait l'inscription. Ici le greffier était indiqué par une nécessité légale. Les greffiers ne peuvent délivrer aucune expédition des jugements avant qu'il leur ait été dûment justifié, dans la forme prescrite par l'article 84, que l'inscription a été prise. Ainsi, au moment où l'inscription des jugements doit se faire, les parties n'en peuvent pas obtenir une expédition; il fallait donc que le détenteur de la minute délivrât les extraits. Mais cela n'est requis que pour l'inscription des jugements. Quant à l'inscription de la demande, les parties ont l'original ou la copie, et peuvent, par conséquent, elles-mêmes rédiger les extraits, ou les faire rédiger par des tiers (1).

Le conservateur remet au requérant un des extraits sur lequel il certifie que l'inscription a été faite. C'est la reproduction de la disposition concernant les inscriptions hypothécaires (n° 34).

89. L'article 5 de la loi hypothécaire veut que la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée soit rendue publique, de même que la subrogation à un droit semblable. Il doit être fait mention, à la marge de l'inscription, de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties. La partie qui requiert cette mention doit présenter au conservateur l'expédition authentique de la cession; c'est le droit commun (n° 31). L'acte de cession lui-même doit être reçu par notaire, et c'est le notaire qui en délivre une expédition. On applique le droit commun en ce qui concerne la manière de prendre les inscriptions hypothécaires.

L'inscrivant doit encore présenter au conservateur deux extraits sur timbre contenant les mentions prescrites par l'article 5. Le conservateur remet l'un des extraits au requérant, en certifiant que la mention a été faite. Il n'est pas dit dans le texte que l'expédition de l'acte de cession doit être rendue au requérant; mais cela est de droit, puisque cette expédition est la propriété du cessionnaire, et elle ne doit être représentée au conservateur que pour lui faire

(1) Circulaire du ministre des finances, du 22 mai 1852 (Martou, t. III, p. 173, n° 1097).

connaître l'existence de la cession; dès qu'il l'a vue, le but de la loi est atteint (1).

90. Il y a une lacune dans la loi en ce qui concerne l'inscription des cessions de créances privilégiées ou hypothécaires; elle n'exige pas une élection de domicile. Le cessionnaire a intérêt de combler cette lacune en élisant domicile, puisque c'est lui le véritable propriétaire de la créance. S'il n'élisait pas domicile en son nom, les tiers auraient le droit de faire les significations légales au domicile élu par le cédant (2).

II. *De l'article* 89.

91. « L'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics est inscrite sur la représentation de deux bordereaux contenant les indications dont le conservateur doit faire mention » (art. 89). Il n'est pas dit que le requérant doive représenter au conservateur une expédition authentique de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque légale; c'est qu'il n'y a pas d'acte. Voilà une différence entre l'hypothèque légale des personnes civiles et celle des incapables. Celle-ci a aussi son principe dans la loi, mais il faut de plus un acte qui la spécialise, et c'est l'expédition de cet acte que le requérant doit présenter au conservateur; tandis que l'hypothèque légale des personnes civiles ne doit pas être spécialisée avant d'être inscrite, il suffit qu'elle le soit dans l'inscription.

92. L'inscription doit contenir, en général, les mêmes mentions que celles qui sont prescrites pour l'hypothèque conventionnelle. Ainsi 1° « les noms, prénoms, qualités ou désignations précises du créancier et du débiteur ». Cette indication concerne le débiteur plutôt que le créancier; les personnes civiles, si elles sont indiquées par un nom, n'ont cependant pas de nom proprement dit, et moins encore des prénoms. Il est vrai que c'est un fonctionnaire qui requiert l'inscription, mais il le fait au nom de la personne civile, qui est la véritable créancière. Aussi la loi se contente-t-elle

(1) Circulaire du 22 mai 1852 (Martou, t. III, p. 175, n° 1102).
(2) Martou, t. III, p. 173, n° 1095.

d'une *désignation précise* pour le créancier aussi bien que pour le débiteur.

2° « Le domicile réel ». Peut-on dire des personnes civiles qu'elles ont un domicile réel? Un être fictif n'a pas de véritable domicile. La loi veut une élection de domicile dans l'arrondissement, dans l'intérêt des tiers qui ont des notifications à faire. Ce domicile, dit la loi, sera élu *par* le créancier ou pour lui. Il eût été plus exact de dire que le domicile est toujours élu *pour* le créancier; comment un être fictif pourrait-il *élire* un domicile?

3° « La nature des droits à conserver et le montant de leur valeur déterminée ou éventuelle ». L'article 85 ne parle pas de l'acte qui confère l'hypothèque, puisqu'il n'y a point d'acte; la loi se contente de l'indication de la *nature des droits*, c'est-à-dire des créances que la personne a contre le débiteur à raison des fonctions qu'il remplit. Quant au montant de la créance, il est presque toujours indéterminé si l'inscription se prend dès l'entrée en fonctions du comptable; et le créancier doit requérir l'inscription de suite, afin de s'assurer un rang utile. La créance est donc éventuelle; c'est à l'inscrivant d'en faire l'évaluation, car l'inscription doit toujours être spéciale.

4° « L'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles ». Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre l'hypothèque légale des personnes civiles et les autres hypothèques. Quoique l'hypothèque de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics soit générale, l'inscription doit néanmoins être spéciale, et la spécialité quant aux immeubles est toujours la même. L'Etat peut prendre inscription sur tous les immeubles du comptable, ainsi que sur les immeubles que la femme a acquis à titre onéreux pendant le mariage (art. 48), mais il doit indiquer spécialement dans l'inscription chacun des immeubles sur lesquels il veut conserver son hypothèque.

N° 3. DE LA NULLITÉ DE L'INSCRIPTION.

93. L'inscription qui ne contient pas toutes les indications prescrites par la loi est-elle nulle? Il n'y a pas de

question qui ait donné lieu à plus de procès que celle de la nullité des inscriptions irrégulières, et il n'y a pas de procès qui aient ruiné plus de familles. Le code civil ne contenait pas de disposition sur la difficulté, mais les textes et, en un certain sens, l'esprit de la loi semblaient impliquer la nullité des inscriptions irrégulières. Aux termes de l'article 2134 (loi hyp., art. 81), l'hypothèque *n'a de rang que du jour de l'inscription* prise sur les registres du conservateur *dans la forme et de la manière* prescrites par la loi. Ne fallait-il pas conclure de là que, si l'inscription n'était point faite *de la manière et dans la forme* prescrites, le créancier hypothécaire ne pouvait pas s'en prévaloir pour réclamer son droit de préférence? Vainement disait-on qu'il ne s'agissait que de formes; ces formes constituent la publicité, et la publicité est certes le principe le plus essentiel de notre régime hypothécaire. Or, dès qu'une inscription n'était pas prise conformément à la loi, il n'y avait pas de publicité légale; partant, l'hypothèque ne pouvait pas avoir de rang. On objectait vainement que les formalités n'avaient pas toutes la même importance, qu'il fallait distinguer celles qui sont substantielles et celles qui ne le sont point; la réponse était facile si l'on voulait rester fidèle à la rigueur de l'article 2134 (loi hyp., art. 81). Le législateur, et lui seul, peut décider quelles formalités sont nécessaires pour assurer à l'hypothèque une entière publicité; or, il avait pris ce soin, et il avait déclaré que l'hypothèque n'aurait de rang que si elle était inscrite *dans la forme* et de la *manière* prescrites par la loi.

La rigueur était donc dans l'esprit de la loi, et le texte semblait la commander. Aussi, dans les premières années qui suivirent la publication du code civil, la cour de cassation annulait-elle régulièrement, comme elle l'avait fait sous l'empire de la loi de brumaire an VII, les inscriptions incomplètes ou irrégulières, c'est-à-dire non-seulement les inscriptions dans lesquelles une formalité légale était entièrement omise, mais encore celles où la formalité ne comprenait pas toutes les mentions exigées par la loi. La cour annula des inscriptions parce que tous les prénoms du créancier ne s'y trouvaient pas indiqués. On a reproché à

la cour suprême cette rigueur impitoyable et les désastres qui en furent la conséquence. C'est oublier que le devoir de la cour de cassation est précisément de veiller à la stricte observation de la loi; si la loi est rigoureuse, l'application doit l'être également. Il en doit être ainsi surtout dans une matière qui est d'ordre public, comme les hypothèques. Le législateur donna sa sanction à la jurisprudence sévère de la cour de cassation. Nous l'avons dit en parlant de l'époque de l'exigibilité (n° 82); c'est certes une des formes les moins importantes, et néanmoins la loi du 4 septembre 1807 décida que l'indication du terme était substantielle. Ne fallait-il pas en dire autant de toutes les autres formalités (1)?

94. La rigueur des principes a ses inconvénients, surtout quand il s'agit de formalités : c'est que l'application de la loi dégénère en un formalisme inintelligent. Sans doute la publicité est l'âme de notre régime hypothécaire, mais de là on ne peut pas conclure que toutes les indications que la loi prescrit pour les inscriptions soient également nécessaires pour assurer la publicité des hypothèques. Qu'est-ce, en effet, que la publicité? Elle a pour but de faire connaître aux tiers la situation hypothécaire de celui avec lequel ils traitent. Que sont-ils donc intéressés à savoir? Ils doivent connaître la personne grevée d'hypothèques, la créance dont l'hypothèque assure le payement et les biens affectés à la garantie du créancier. Quand l'inscription fait connaître aux tiers ce qu'ils ont intérêt à savoir, le but est atteint; il est manqué si l'inscription ne contient pas une formalité que les tiers sont intéressés à connaître.

Tel fut le système que Merlin et Daniels proposèrent en 1809, et qui fut admis par la cour de cassation (2). En droit, on pouvait le justifier par le principe des nullités virtuelles. Le code civil ne prononçait pas la nullité en termes formels ; on ne pouvait donc l'admettre qu'à raison de la nature et de l'importance des formalités prescrites par la

(1) Martou, t. III, p. 176 et suiv., n° 1103. Pont, t. II, p. 358, n° 957.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° VIII, (t. XV, p. 71 et suiv.).

loi, c'est-à-dire en se fondant sur le but que le législateur avait eu en vue en prescrivant la publicité des hypothèques. Or, que veut la loi? Donner aux tiers la connaissance des faits, qui leur est nécessaire. Reste à savoir s'il leur importe de connaître toutes les mentions que l'article 2148 (loi hyp., art. 83) prescrit. La négative est certaine. Nous en avons fait la remarque en expliquant les formalités que la loi exige. La première concerne le créancier : est-ce que les tiers acquéreurs et les tiers créanciers ont intérêt à savoir si la dette hypothécaire qui grève un immeuble est contractée dans l'intérêt de telle personne ou de telle autre? Non, certes. Donc le but de la publicité est atteint, alors même que l'inscription ne contiendrait pas les indications que l'article 2148, 1° (loi hyp., art. 83) exige. Annulera-t-on néanmoins l'inscription? Ce serait dépasser le but de la loi, et, le dépasser, c'est le manquer.

En ce sens, l'esprit de la loi est contraire à l'interprétation rigoureuse que la cour de cassation avait d'abord consacrée de son autorité. La distinction des formalités substantielles et des formalités purement réglementaires donnait satisfaction au principe de publicité, et elle ménageait en même temps les intérêts des créanciers hypothécaires. Ils ne se voyaient plus enlever leur gage à raison d'une formalité qui était indifférente aux tiers, et dont l'inobservation, par conséquent, ne les lésait point. Mais ce système avait un inconvénient très-grave, l'incertitude et l'arbitraire. Comment savoir quelles formalités sont substantielles ou non? La loi ne distinguait point les diverses formalités, et dans les travaux préparatoires il n'y avait aucune trace de cette distinction. Ainsi les juges étaient sans guide; de là une incertitude absolue et une diversité de jurisprudence qui variait d'une cour à l'autre et d'une époque à l'autre; car les cours, même la cour de cassation, n'avaient aucun principe arrêté et changeaient de doctrine sans que l'on pût dire que leur nouvelle jurisprudence fût plus juridique que l'ancienne (1).

(1) Martou, t. III, p. 177 et suiv., n° 1103. Pont, t. II, p. 359, et note 3, n° 958. Aubry et Rau, t. III, p. 346, 2°, et note 13, § 276.

95. Un troisième système se fit jour dans la jurisprudence. En examinant la question de savoir si telle formalité était substantielle, les cours remarquèrent que la question était de fait plutôt que de droit. Pourquoi le législateur a-t-il remplacé la clandestinité des hypothèques par le système de publicité? Parce que les hypothèques occultes lésaient les tiers qui contractaient dans l'ignorance des charges hypothécaires. La publicité leur fait connaître les droits qui affectent les immeubles; elle atteint donc son but par cela seul que les tiers sont éclairés et qu'ils traitent en connaissance de cause. Il suit de là que les formalités substantielles sont celles qui empêchent les tiers d'être lésés, en leur apprenant ce qu'ils ont intérêt à savoir. Une formalité n'est-elle pas observée, on ne peut pas décider *a priori* si elle est essentielle ou non; il faut voir si l'inobservation de la loi a induit les tiers en erreur et leur a causé un préjudice; dans ce cas, l'inscription n'a pas atteint son but, et, par conséquent, une formalité substantielle a été omise (1).

Troplong formula cette opinion dans son Traité sur les hypothèques, comme principe de législation plutôt que comme principe d'interprétation. Il fallait une loi pour consacrer un système qui n'était évidemment pas celui du code civil. En France, les divers projets de loi élaborés en 1849 et déjà en partie votés par le Corps législatif, adoptèrent comme règle que l'inscription ne serait nulle que dans le cas où l'inobservation de la loi aurait causé un préjudice aux tiers. C'est aussi ce système qui, après quelques hésitations, fut sanctionné par la loi belge. Il est en harmonie avec le véritable esprit du régime hypothécaire. Si la publicité est la base de ce régime, la raison en est qu'elle sauvegarde seule l'intérêt des tiers; dès que l'inscription donne cette garantie aux tiers, ceux-ci n'ont pas le droit de se plaindre de l'inobservation de la loi. Il y a contradiction de la part des tiers à demander la nullité d'une inscription à raison de l'omission ou de l'irrégularité d'une inscription, alors qu'ils n'en ont éprouvé aucun préjudice.

(1) Pont, t. II, p. 361 et suiv., n° 960.

En effet, ceux qui agissent en nullité se fondent sur ce que les formalités constitutives de la publicité n'ont pas été remplies; ils soutiennent donc qu'il n'y a pas eu de publicité; que, par suite, l'hypothèque est restée occulte et qu'elle ne peut leur être opposée. C'est dire qu'à raison de la clandestinité de l'hypothèque ils n'ont point traité en connaissance de cause, qu'ils ont été induits en erreur, qu'ils ont été lésés. Or, en réalité, ils n'ont souffert aucun préjudice; ils ont traité ayant une connaissance exacte de la situation hypothécaire de leur débiteur, ils n'ont donc pas été trompés. La contradiction entre le fait et le prétendu droit est patente. Cela prouve que le prétendu droit n'existait point. En ce sens, on disait dans l'ancienne jurisprudence : *pas de nullité sans grief*. Il n'y a point de *grief* quand l'inscription, malgré son irrégularité, a fait connaître aux tiers ce qu'ils avaient intérêt à savoir; donc il n'y a pas lieu d'annuler l'inscription irrégulière (1).

96. Chose remarquable! Voilà vingt-cinq ans que la loi belge fonctionne, et notre jurisprudence est muette sur ces questions de nullité qui jadis étaient si souvent portées devant les tribunaux. Cela ne vient certes pas de ce qu'il n'y a plus d'inscriptions irrégulières, mais cela prouve qu'il est très-rare que l'irrégularité cause un préjudice aux tiers; la publicité, quoique incomplète, est suffisante, en ce sens qu'elle apprend aux tiers ce qu'ils ont intérêt à savoir. C'est tout ensemble la justification de la loi nouvelle et la condamnation du code civil et de l'ancienne jurisprudence. Pendant de longues années, on a annulé des inscriptions en Belgique et on annule encore des inscriptions en France, sans qu'il fût constant que le vice de la publicité eût rendu l'hypothèque occulte; alors, au contraire, que l'hypothèque n'était occulte qu'en théorie, et qu'en réalité l'inscription avait fait connaître suffisamment les charges dont les immeubles étaient grevés. On annulait l'inscription pour défaut de publicité, bien qu'il y eût publicité.

(1) Rapports de Lelièvre et de M. d'Anethan (Parent, p. 344 et 422). Martou, t. III, p. 180 et suiv., n° 1104.

Voici la seule espèce que nous avons rencontrée dans nos recueils de jurisprudence. La débitrice s'appelait Thérèse *Troquet*; elle était désignée dans l'inscription sous le nom de *Trouket*. Un créancier postérieur demanda au bureau des hypothèques un certificat des inscriptions prises sur Thérèse *Troquette*. Le conservateur délivra un certificat négatif; en effet, il n'y avait point d'inscription sur une *Thérèse Troquette*. Action en nullité de l'inscription, fondée sur le motif que le demandeur avait été induit en erreur par la fausse désignation de la débitrice; par suite de cette irrégularité, le conservateur avait délivré un certificat sur la foi duquel le demandeur avait été induit en erreur, et avait stipulé une hypothèque sur un immeuble qu'il croyait libre, tandis qu'il était grevé d'une inscription qui primait le second créancier. C'était bien le cas de la nullité prévue par l'article 85 : une inscription irrégulière et un tiers lésé par cette irrégularité. L'inscription aurait donc dû être annulée; néanmoins la cour de Liége l'a maintenue, par la raison que c'était le demandeur en nullité qui avait induit le conservateur en erreur en orthographiant mal le nom de la débitrice; le conservateur devait certifier qu'il n'y avait pas d'inscription prise sur la personne ainsi désignée. Ce n'est donc pas l'irrégularité de l'inscription, c'était l'irrégularité de la demande du certificat qui avait occasionné l'erreur du conservateur et, par suite, celle du créancier; celui-ci devait supporter les conséquences de son fait (1). Il nous reste un doute. Si le tiers, créancier avait demandé un certificat des inscriptions prises sur Thérèse *Troquet*, le conservateur aurait encore certifié qu'il n'y avait pas d'hypothèque inscrite sur cette personne, puisque l'inscription portait le nom de *Trouket*. Il y avait donc aussi faute de la part du premier créancier inscrit; n'était-ce pas le cas de partager la responsabilité résultant de la faute des deux créanciers? Ce serait notre avis. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit, au titre des *Quasi-délits*, sur la responsabilité des fonctionnaires.

97. Qui peut demander la nullité de l'inscription? Il va

(1) Liége, 17 juin 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 367).

sans dire que les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires peuvent agir en nullité, puisque c'est surtout dans leur intérêt que la loi a prescrit la publicité des hypothèques. On a prétendu que les créanciers chirographaires n'avaient pas le droit de se prévaloir de la nullité d'une inscription. L'erreur nous paraît certaine; si l'on admet le principe qui est universellement admis, à savoir que l'hypothèque n'a point d'effet à l'égard des créanciers chirographaires si elle n'est pas inscrite, il faut décider, par voie de conséquence, qu'une inscription nulle n'a aucun effet à leur égard, puisque l'inscription nulle est censée n'avoir pas été faite. La jurisprudence est en ce sens (1).

98. Quand l'inscription est nulle dans le sens de l'article 85, la nullité doit-elle être prononcée pour le tout, ou le juge peut-il annuler l'inscription pour une partie jusqu'à concurrence du préjudice que le demandeur a souffert? Cette question a été agitée au sénat à l'occasion d'une pétition qui demandait que la nullité fût prononcée « jusqu'à concurrence du préjudice seulement ». Le rapporteur, M. d'Anethan, répondit que, la nullité étant prononcée, l'inscription disparaît, et doit disparaître pour le tout; mais quand il s'agira de fixer les dommages-intérêts, il faudra calculer le préjudice souffert et n'adjuger une indemnité qu'à raison de ce préjudice. M. Tesch, ministre de la justice, s'exprima dans le même sens. Le pétitionnaire, dit-il, confond deux choses tout à fait différentes, la nullité de l'inscription et l'action en dommages-intérêts; l'inscription ne peut pas être nulle pour un tiers ou pour un quart, elle doit être nulle pour le tout, ou être maintenue intégralement (2). Martou critique assez vivement l'opinion émise par le ministre et par le rapporteur. A notre avis, il y a un malentendu. En principe, les auteurs de la loi ont raison. L'indemnité est proportionnée au prejudice et à la faute; c'est le principe des articles 1382 et 1383; la réparation du préjudice peut donc n'être que partielle : est-ce une raison pour annuler l'inscription en partie? Ici c'est le

(1) Bruxelles, 29 novembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 252). Jugement du tribunal de Liége, 17 mars 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 227).
(2) Séance du sénat du 31 mai 1851 (Parent, p. 512).

cas de dire que l'on n'annule pas une inscription pour un tiers ou un quart; la nullité d'un fait juridique quelconque a toujours pour conséquence que ce fait est considéré comme inexistant : l'existence partielle est un non-sens. Mais il se peut qu'une inscription ne cause de préjudice qu'à l'un des créanciers inscrits; celui-là seul aura le droit d'en demander l'annulation. C'est l'exemple donné par Martou. Dans ce cas, l'inscription sera annulée à l'égard de l'un et elle subsistera à l'égard de l'autre. C'est la conséquence très-juridique du principe que les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties qui sont en cause; or, celui des créanciers auquel l'irrégularité de l'inscription n'a causé aucun préjudice n'est pas en cause, il n'est pas demandeur en nullité; donc l'annulation ne peut lui être opposée (1).

99. Le créancier dont l'inscription est annulée a-t-il une action en dommages-intérêts contre le conservateur? Cette question soulève plusieurs difficultés. Un premier point est certain : c'est que la validité ou la nullité de l'inscription est indépendante de la validité ou de la nullité des bordereaux. C'est l'inscription qui donne rang à l'hypothèque (art. 81; code civil, art. 2134); quant aux bordereaux, les parties intéressées ne peuvent pas s'en prévaloir pour attaquer l'inscription ou pour en soutenir la validité, car les bordereaux ne sont exigés que pour régler les rapports entre le conservateur et le créancier qui a requis l'inscription, ils sont étrangers aux tiers. Peu importe donc que les bordereaux soient nuls; si l'inscription est valable, les tiers ne peuvent pas en demander la nullité en se fondant sur la nullité des bordereaux, car ils ne connaissent pas les bordereaux, et ils n'ont pas traité en tenant compte des bordereaux. Par contre, si l'inscription est nulle, on ne peut pas opposer aux tiers que les bordereaux sont valables, car ils ont été induits en erreur par l'irrégularité de l'inscription, et l'inscription ne peut être validée par des bordereaux que les tiers ne connaissent point. La jurisprudence est en ce sens (2).

(1) Martou, t. III, p. 183, n° 1110. Comparez Cloes, t. III, p. 144, n° 186.
(2) Cassation, 22 avril 1807 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1543, et les

Dans les débats qui s'élèvent entre le conservateur et le créancier sur les conséquences de l'annulation, les bordereaux jouent un rôle décisif. S'ils étaient conformes à la loi et que, par la négligence du conservateur ou de ses commis, une formalité mentionnée au bordereau fût omise dans l'inscription, le conservateur serait responsable. C'est l'application du droit commun ; nous y reviendrons au chapitre de la loi qui traite de la responsabilité du conservateur. Par contre, si le bordereau est irrégulier et que le conservateur le transcrive tel qu'il a été rédigé par l'inscrivant, il n'est pas responsable, car il n'a pas mission de corriger les bordereaux, il doit seulement faire mention de leur contenu sur le registre aux inscriptions. Il peut sans doute les corriger ; et, dans ce cas, l'inscription sera valable, sans que les tiers puissent se prévaloir de la nullité des bordereaux, mais le conservateur n'est pas obligé de faire un travail de vérification.

Quand même l'inscription est valable, l'hypothèque peut être nulle. Nous en avons déjà fait la remarque (t. XXX, n°s 499 et 500). Le contrat d'hypothèque est nul quand il ne spécialise pas la nature et la situation des immeubles grevés d'hypothèque. Vainement le créancier ou le conservateur spécialiseraient-ils les biens dans l'inscription, l'hypothèque resterait nulle et ne produirait aucun effet ; le débiteur aurait le droit, dans ce cas, de demander la radiation de l'inscription, celle-ci ayant été prise sans cause.

100. Le conservateur étant responsable de la nullité de l'inscription quand elle a été prise en vertu d'un bordereau valable, il a grand intérêt à la rectifier. En a-t-il le droit et quel sera l'effet de la rectification ? L'article 134 répond à la question ; nous y reviendrons.

autres arrêts qui y sont cités). Bruxelles, 16 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 404).

§ VIII. *De l'effet des inscriptions, de leur renouvellement et de la péremption.*

N° I. DE L'EFFET DES INSCRIPTIONS.

101. L'inscription conserve les droits du créancier hypothécaire. Cela suppose qu'elle est valablement prise. Elle peut être nulle, non-seulement pour un vice de forme, mais aussi parce qu'elle n'a pas été requise par le créancier ou en son nom par un tiers. Il est arrivé que l'inscription d'une hypothèque légale a été faite par un tiers sans qualité : la cour de Caen a jugé qu'elle devait être réputée non avenue. Dans l'espèce, le tiers avait requis l'inscription comme gérant d'affaires, mais en dehors des conditions qui constituent le quasi-contrat de gestion; la femme créancière était sur les lieux, rien ne l'empêchait d'agir; or, loin de vouloir inscrire son hypothèque, elle ne demandait pas le maintien de l'inscription qui avait été prise en son nom. Il n'y avait réellement pas lieu de prendre inscription ; le montant des reprises de la femme était peu considérable, le mari présentait par sa fortune des garanties suffisantes. Les faits de la cause prouvaient que le prétendu gérant d'affaires, au lieu d'agir dans l'intérêt de la femme, avait agi sur l'instigation d'un tiers, qui voulait, par ce moyen, obtenir l'annulation d'un acte qu'il avait librement consenti. La cour ordonna la radiation de l'inscription; le mari aurait pu, dans les circonstances de la cause, réclamer des dommages-intérêts (1).

102. Il se présente une autre difficulté sur l'effet de l'inscription. Quand il y a plusieurs parties intéressées à la conservation de la créance, chacune doit régulièrement prendre inscription en son nom, et cette inscription ne profite qu'à celui qui l'a requise. Si donc une créance est soumise à un droit d'usufruit, l'inscription doit être prise tant au nom du propriétaire qu'au nom de l'usufruitier. En effet, il n'y a que celui qui figure dans l'inscription comme créan-

(1) Caen, 8 mai 1839 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1386).

cier qui puisse faire valoir les droits que la loi attache à l'inscription. Il a été jugé que l'inscription prise par l'usufruitier en son nom ne profite pas au nu propriétaire. Elle ne peut pas lui profiter directement, puisqu'il n'y a que le créancier inscrit qui ait le droit d'agir hypothécairement. Elle ne peut lui profiter indirectement, dit Proudhon, lors de la cessation de l'usufruit, puisque le droit de l'usufruitier s'éteint à cette époque, et le propriétaire n'a pas conservé le sien; il sera donc primé par les créanciers qui, à son défaut, auront pris inscription sur l'immeuble affecté au payement de la créance.

Il y a trois arrêts de la cour de cassation en sens contraire. La chambre des requêtes a validé des inscriptions prises par la mère usufruitière et en son nom, en décidant que l'inscription profitait aux enfants nus propriétaires (1). Elle donne comme seul motif que l'inscription prise par la mère doit être censée prise pour ses enfants. Ce serait une espèce de présomption, c'est-à-dire un mandat ou une gestion d'affaires présumée. En droit, cela n'a point de sens. On a essayé vainement d'expliquer ces décisions par les circonstances de la cause; la cour ne les invoque point, et elle les aurait invoquées, que c'eût été très-mal motiver les arrêts qu'elle a rendus (2). Le premier juge s'était sans doute décidé par la faveur de la cause; mais le devoir de la cour de cassation n'est-il point de maintenir l'autorité de la loi quand le juge s'est mis au-dessus de la loi par un sentiment d'équité?

103. La doctrine et la jurisprudence admettent que l'inscription prise par l'usufruitier profite au propriétaire (nº 5) quand l'usufruitier a déclaré agir en son nom et au nom du nu propriétaire, et que, par suite, l'un et l'autre figurent dans l'inscription. Merlin dit que l'usufruitier d'une créance est constitué par la loi mandataire du créancier, à l'effet de faire tous les actes conservatoires que la créance peut exiger : il doit, pour la conservation de la

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, p. 28, nos 1039-1041. Rejet, 4 frimaire an XIV, Caen, 9 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1493, 1º).
(2) Rejet, 25 février 1812, 11 juillet 1827 et 18 avril 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1495).

propriété, agir au nom du propriétaire et se considérer comme son mandataire (1). La cour de cassation a jugé, en ce sens, que la veuve douairière qui a pris inscription non-seulement en son nom, mais encore au profit de la succession de son défunt mari, pour sûreté de la somme faisant le fonds du douaire, a conservé l'hypothèque attachée à la créance, aussi bien pour les héritiers du mari que pour elle (2). La décision n'est pas douteuse si l'on admet le principe; nous avons examiné la question au titre de l'*Usufruit* (t. VII, n° 46).

104. Le créancier d'une rente viagère, stipulée réversible, après son décès, sur la tête d'un tiers, prend inscription en mentionnant la clause de réversibilité. Il a été jugé que l'inscription ne profite pas au tiers (3). Dans l'espèce, l'inscription n'avait été prise qu'au nom du crédirentier; ce qui était décisif. Aurait-il pu la prendre au nom du tiers? Oui, dans la théorie de la gestion d'affaires; il faut y ajouter la restriction que nous avons faite, c'est que l'inscrivant ait réellement agi comme gérant d'affaires (n° 6).

N° 2. DU RENOUVELLEMENT DES INSCRIPTIONS.

105. Aux termes de l'article 90, « les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant quinze années à compter du jour de leur date; leur effet cesse, si elles n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai ». En quel sens l'inscription *conserve-t-elle l'hypothèque?* Cela ne veut pas dire que l'hypothèque subsiste aussi longtemps que l'inscription existe sur les registres du conservateur sans être périmée. L'inscription non périmée conserve les effets que la loi attache à l'hypothèque, en supposant que l'hypothèque existe. Mais l'hypothèque peut s'éteindre malgré l'inscription; elle s'éteint notamment par la prescription, et la loi déclare formellement que les inscriptions prises et renouvelées par le créancier n'interrompent pas

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § V, n° VIII, suivi par Persil, Grenier et Troplong.
(2) Rejet, 15 mai 1809 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1494).
(3) Poitiers, 26 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1493, 2°).

le cours de la prescription. Or, si l'hypothèque s'éteint, il ne peut plus être question d'en conserver les effets par l'inscription; le débiteur ou le détenteur de l'immeuble hypothéqué peut, dans ce cas, demander la radiation de l'inscription et le tribunal doit la prononcer (art. 95; code civil, art. 2160). Ce que nous disons de l'hypothèque s'applique littéralement au privilége.

106. L'inscription conserve les effets du privilége et de l'hypothèque pendant quinze ans. Pourquoi ne conserve-t-elle pas ces effets aussi longtemps que le privilége et l'hypothèque existent? En théorie, ce serait le système le plus logique. En effet, l'inscription n'est requise que pour avertir les tiers et leur faire connaître les charges hypothécaires qui grèvent les biens de la personne avec laquelle ils traitent; or, dès que l'hypothèque et le privilége sont inscrits, ils sont publics, et cette publicité subsiste toujours, puisque les registres peuvent toujours être consultés par les tiers intéressés. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas admis cette conséquence? C'est que la publicité n'est pas une question de logique, c'est une question de fait; or, l'expérience a prouvé que le système de la perpétuité des inscriptions compromettait le système de publicité et finirait par le rendre impraticable.

La perpétuité des inscriptions avait été consacrée par le code civil adopté sous le royaume des Pays-Bas. Ce principe fut mis en vigueur, avant la publication du code, par la loi du 22 décembre 1828, qui était ainsi conçue : « A compter du 1er janvier 1829, il n'y aura plus lieu au renouvellement décennal des inscriptions portées sur les registres hypothécaires; ces inscriptions conserveront leur force sans renouvellement. » Dès l'année 1838, le gouvernement présenta un projet de loi qui rétablissait le renouvellement des inscriptions. L'expérience avait prouvé les inconvénients pratiques du système qui, en théorie, paraît le plus juridique. Il importe de constater le fait, car il est décisif : il faut une publicité réelle, et non une publicité de théorie; si les faits prouvent que la perpétuité des inscriptions est un obstacle à la publicité, on doit laisser là la théorie et limiter la durée de l'inscription, comme l'ont fait

le législateur français et, à sa suite, le législateur belge. Le rapport fait à la chambre des représentants sur la loi du 12 août 1842 expose les résultats qu'avait produits la loi de 1828. La perpétuité des inscriptions avait eu pour conséquence d'accumuler les inscriptions hypothécaires, à ce point qu'une grande partie du sol était pour ainsi dire mise hors du commerce; en effet, les biens grevés d'inscriptions se vendent difficilement et diminuent le crédit du propriétaire. Il est vrai que les inscriptions peuvent être rayées du moment que la dette est éteinte; le débiteur qui paye n'a qu'à se faire accorder mainlevée de l'inscription et à demander la radiation. Mais il faut tenir compte des faits; la loi exige des actes authentiques pour la radiation des inscriptions; beaucoup de personnes reculent devant les frais qui en résultent; elles ne voient que la dépense et ne songent pas aux conséquences de leur négligence. Quand le bien hypothéqué a été aliéné, le débiteur personnel est sans intérêt à la radiation, et le propriétaire n'y songe que lorsqu'il s'aperçoit du mal que produisent les inscriptions. D'autres fois le payement se fait entre les mains d'un mandataire, et, avant que le mandant passe un acte de mainlevée, il vient à mourir ou à changer d'état. Puis viennent les inscriptions d'office, en cas de transcription d'un acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers; les tiers acquéreurs ignorent ces inscriptions et les laissent subsister, sans se douter du mal qu'elles leur feront (1). Ainsi les inscriptions vont en se multipliant et elles se perpétuent à défaut de radiation. De là un autre inconvénient, et le plus grand de tous, c'est que la publicité menace de devenir une fiction.

La loi du 11 brumaire an VII, qui introduisit le système de publicité adopté par le code civil et par notre loi hypothécaire, a prévu les inconvénients que présentait le principe de la perpétuité des inscriptions au point de vue de la publicité. On lit dans le rapport de Crassous au conseil des Cinq-Cents : « Votre commission a considéré que, la publicité des hypothèques ayant pour objet de vérifier l'état de

(1) De Behr, Rapport sur la loi de 1842 (*Moniteur belge*, 19 mars 1842).

solvabilité de ceux qui veulent contracter, il fallait employer des moyens d'exécution simples et propres à bannir toute inquiétude sur la possibilité d'erreurs. Si l'effet de l'inscription se perpétuait pendant un très-long temps, les recherches nécessaires pour se procurer les renseignements dont on aurait besoin se multiplieraient et les rendraient difficiles et douteuses (1). » Or, tout le système de publicité repose sur l'exactitude des recherches et sur la confiance qu'inspirent les certificats délivrés par le conservateur. Si, à raison de la difficulté des recherches, les certificats risquent de devenir inexacts, il n'y a plus de publicité, puisqu'il n'y a plus de sécurité pour ceux qui traitent sur la foi de certificats qui perdent tout crédit.

La section de législation du conseil d'Etat n'avait tenu aucun compte de ces sages observations; elle proposa de donner à l'inscription la même durée qu'à l'action personnelle. Rien de plus logique, puisque le droit hypothécaire est l'accessoire de l'obligation principale. Mais dans une matière pratique, telle que la publicité, il faut se défier de la logique. Au conseil d'Etat, la proposition de la section ne trouva pas faveur. On objecta que donner à l'inscription la même durée qu'à l'obligation personnelle, c'était aboutir à l'incertitude la plus complète sur l'existence de l'hypothèque. Des minorités, des interruptions peuvent étendre indéfiniment la durée de l'obligation; comment les tiers qui consultent les registres sauront-ils si l'obligation principale et, par suite, l'hypothèque sont éteintes? D'autres membres du conseil insistèrent sur la nécessité de limiter la durée des inscriptions si l'on voulait que la publicité fût une réalité. Le principe de la loi de brumaire fut maintenu (2). Aux termes de l'article 2154, les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années.

107. Nous avons dit que le système de la perpétuité des inscriptions établi par la loi de 1828 fut abandonné par la loi du 12 août 1842. Cette dernière loi n'était que provisoire; tout en abrogeant la loi du 22 décembre 1828, elle

(1) *Moniteur français* du 10 germinal an VI.
(2) Séance du conseil d'Etat, du 10 ventôse an XII, nº 7 (Locré, t. VIII, p. 214).

déclarait qu'il serait ultérieurement statué sur le mode de renouvellement des inscriptions hypothécaires. Les auteurs de notre loi de 1851 étaient d'accord sur le principe du renouvellement. Il a un avantage pratique qui est incontestable, c'est que les immeubles sont affranchis des inscriptions qui les grèvent par le seul laps de temps, sans qu'il soit nécessaire de les faire radier ; le temps seul les efface. Les inscriptions qui ont plus de dix ans et qui ne sont pas renouvelées perdent tout effet, le conservateur ne les mentionne pas sur ses certificats ; les tiers ont donc un moyen facile et sûr de constater la situation hypothécaire de la personne avec laquelle ils traitent. Toutefois la nécessité du renouvellement présente aussi un grand danger pour les créanciers ; ils sont obligés de renouveler leurs inscriptions dans un délai assez court ; une simple négligence entraîne la perte de leur droit. C'est sur cette face de la difficulté qu'il y eut un léger dissentiment entre les auteurs de la loi. Au sein de la commission spéciale, les avis se partagèrent, la minorité voulait revenir à la période décennale, qui avait été la règle en Belgique depuis la loi de brumaire an VII ; la majorité se prononça pour un délai de vingt ans dans l'intérêt des créanciers, qui trop souvent encouraient une déchéance ruineuse pour avoir négligé de renouveler leurs inscriptions avant l'expiration du délai de dix ans (1). La commission de la chambre des représentants trouva que le terme de vingt ans proposé par le projet de loi était trop long ; mais, d'autre part, le délai de dix ans, consacré par la tradition, lui paraissait trop court ; en conséquence, elle prit un juste milieu, et se prononça pour le délai de quinze ans, en remarquant que les placements hypothécaires n'avaient pas une durée aussi longue dans nos usages (2). Il est difficile d'approuver ou de désapprouver cette décision, tout terme légal étant plus ou moins arbitraire. Seulement nous répéterons ce qui a été dit au conseil d'Etat lors de la discussion du code civil, c'est que le législateur a tort de ménager la négligence des hommes ;

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 49, 1°).
(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 152).

c'est un mauvais service qu'il leur rend; il faut les habituer, au contraire, à veiller à la conservation de leurs droits, sous leur responsabilité.

108. La règle qui prescrit le renouvellement des inscriptions avant l'expiration du délai de quinze ans reçoit une exception en faveur des incapables. D'après l'article 90, « les inscriptions prises au profit des mineurs, des interdits, des personnes placées dans les établissements d'aliénés et des femmes mariées sont dispensées de tout renouvellement jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la cessation de la tutelle, de l'administration provisoire ou la dissolution du mariage ». Ainsi, pendant toute la durée de l'incapacité, l'inscription ne doit pas être renouvelée, et même après que l'incapacité a cessé, la loi donne à l'incapable qui acquiert ou recouvre l'exercice de ses droits une année pour veiller à la conservation de son hypothèque, en renouvelant les inscriptions hypothécaires. C'est une mesure de protection qui, dans notre système hypothécaire, est une nécessité. L'hypothèque légale des incapables est soumise au principe de publicité; or, il est très-difficile d'obtenir l'inscription, que les incapables ne peuvent guère prendre, et que les personnes chargées de sauvegarder leurs droits négligent trop souvent de requérir. Une fois l'inscription prise, le législateur devait maintenir son effet pendant toute la durée de l'incapacité, car exiger le renouvellement, c'eût été courir le danger presque certain de la déchéance. Comment des tiers étrangers aux affaires de l'incapable pourraient-ils songer, après quinze ans, à renouveler des inscriptions, alors qu'aucun fait n'appelle leur attention sur la nécessité du renouvellement? Il ne suffisait pas de dispenser du renouvellement les inscriptions qui seraient prises au profit des incapables, aussi longtemps que leur incapacité durerait, il fallait encore leur accorder un délai pour renouveler l'inscription après que l'incapacité est venue à cesser. Devenus capables, il n'y a plus de raison pour les dispenser d'une obligation qui incombe à tous les créanciers; mais, comme ils sont restés forcément étrangers à leurs affaires pendant tout le temps que leur incapacité a duré, il fallait leur donner un temps moral

pour qu'ils eussent connaissance des droits pour la sûreté desquels une inscription a été prise. Le législateur a fixé ce délai à une année.

L'exception ne s'applique qu'à l'hypothèque légale; le texte est formel. Peut-être le législateur aurait-il dû étendre sa protection aux priviléges et hypothèques ordinaires que les incapables acquièrent pendant leur incapacité. Le délai du renouvellement peut expirer avant que les incapables, rentrés dans la plénitude de leurs droits, aient eu le temps de prendre connaissance de leurs affaires; ils sont donc dans le cas de perdre leurs garanties, sans qu'il y ait aucune négligence à leur reprocher; ce qui n'est pas juste.

109. L'exception est limitée par le texte de la loi aux incapables proprement dits. Elle ne profite pas à l'Etat, aux provinces, aux communes et aux établissements; par conséquent, les personnes civiles restent sous l'empire du droit commun. On pourrait croire que des êtres fictifs méritent autant d'être protégés que les incapables; c'est la raison pour laquelle on assimile les communes aux mineurs. Il est certain que, par elles-mêmes, les personnes morales ne peuvent pas agir, mais elles le peuvent par l'intermédiaire des fonctionnaires ou agents quelconques qui sont chargés de gérer leurs intérêts. Comme le dit un avis du conseil d'Etat, l'administration, qui a partout des agents que l'on doit supposer plus éclairés et plus actifs que le commun des citoyens, ne peut pas être considérée comme incapable : elle a dû prendre les inscriptions, elle peut aussi les renouveler (1).

110. L'article 90, de même que le code civil (art. 2154), soumet les priviléges à la condition du renouvellement de l'inscription prise pour les conserver. Il n'y avait aucune raison de les dispenser d'une formalité qui est requise dans l'intérêt de la publicité. Mais on pouvait douter si les priviléges qui se conservent par la transcription sont assujettis au droit commun. L'article 37 décide la difficulté. La transcription ne se renouvelle point; mais, en tant qu'elle

(1) Avis du conseil d'Etat du 15 décembre 1807 (Locré, t. VIII, p. 292).

conserve les priviléges résultant des actes transcrits, elle n'a pas plus d'effet que l'inscription; de sorte qu'avant l'expiration de quinze ans les créanciers doivent renouveler l'inscription d'office que le conservateur a dû prendre; et s'il ne pas l'a prise, ils devront requérir une inscription première, qui vaudra comme inscription renouvelée; nous dirons plus loin sous quelle condition.

111. Comment se calcule le délai de quinze ans? La même question s'est présentée sous l'empire du code civil et de la loi de brumaire; elle a été résolue en sens très-divers par les auteurs et par la jurisprudence. Nous croyons qu'il faut appliquer la règle traditionnelle sur la manière de compter les délais. On n'y comprend pas le jour où le délai commence à courir, le *dies a quo*, comme on dit dans le langage de l'école; mais le dernier jour, le *dies ad quem*, est compris dans le délai, en ce sens que pendant ce jour on peut encore faire la chose qui, d'après la loi, doit être accomplie dans un temps déterminé. Cette règle s'applique au délai de quinze ans que la loi établit pour le renouvellement des inscriptions. Cela résulte du texte de la loi, et cela est aussi fondé en raison. L'article 90 porte que les inscriptions conservent l'hypothèque pendant quinze années, à compter du jour de leur date; donc pendant quinze années complètes; or, si le premier jour, celui où l'inscription a été prise, était compté dans le délai, les quinze années ne seraient pas complètes, il y manquerait une fraction de jour; pour que le délai de quinze ans soit complet, il faut en déduire le premier jour, qui n'est, à vrai dire, qu'une fraction de jour. La loi ajoute que les inscriptions doivent être renouvelées avant l'expiration du délai de quinze ans. Il suit de là que le renouvellement de l'inscription peut encore se faire le dernier jour de la quinzième année, car les quinze années n'expirent qu'à la fin de ce jour. Nous disons que ce mode de calcul est aussi fondé en raison. Le délai de quinze ans est une dérogation au droit du créancier; son hypothèque devrait être conservée par l'inscription une fois prise. Cette exception doit être restreinte dans les limites de la loi; l'inscription n'a d'effet que pendant quinze ans, mais elle doit avoir effet pendant quinze

années complètes; or, elle n'aurait pas cette durée si l'on y comprenait le jour où l'inscription a été faite, et si l'on excluait le dernier jour, ce seraient quinze années moins un jour et une fraction de jour. Cela est décisif (1).

Il est arrivé que le dernier jour du délai était un jour férié pendant lequel l'inscription ne pouvait pas être prise. En faut-il conclure, comme on l'enseigne, que l'inscription pouvait encore être renouvelée le lendemain? La cour de Riom a jugé en sens contraire; c'est la bonne solution. Si le législateur avait prévu la difficulté, il l'aurait sans doute décidée en faveur du créancier; mais, dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas étendre le délai légal au delà de ses termes, et c'est l'étendre d'un jour que de permettre au créancier de renouveler l'inscription le jour qui suit l'expiration des quinze années (2).

112. Il se présente une difficulté pour le second ou subséquent renouvellement. Le créancier diligent n'attendra pas le dernier jour du délai pour renouveler l'inscription; un obstacle imprévu pourrait l'empêcher de remplir cette formalité, et il en résulterait qu'il serait déchu de son droit. Il a pris une inscription le 1er mai 1860, il pourra la renouveler le 1er mai 1875; par mesure de prudence, il la renouvelle le 15 avril 1875 : devra-t-il faire le second renouvellement le 15 avril 1890, ou pourra-t-il le faire le 1er mai de cette année, comme il en aurait eu le droit s'il avait renouvelé la première inscription le 1er mai 1875? La cour de Bourges s'est prononcée, avec raison, pour la première opinion. L'inscription ne peut jamais durer plus de quinze ans; or, si le créancier pouvait renouveler le 1er mai 1890 une inscription faite le 15 avril 1875, elle aurait effet pendant quinze années et un demi-mois; ce qui

(1) Aubry et Rau, et, en sens divers, les autorités qu'ils citent, t. III, p. 381, notes 27 et 28, § 280. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1647. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Bruxelles, 19 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 487); Liége, 10 juin 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 401); Bruxelles, 9 avril 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 355); Liége, 28 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 193).

(2) Riom, 8 avril 1843 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Privilèges*, n° 1653). Comparez, en ce sens, Pont et Aubry et Rau, t. III, p. 382, note 29, § 280. En sens contraire, Grenier et Persil.

est contraire à la loi (1). L'interprète ne peut pas dépasser le terme légal. Dans l'espèce, l'interprétation rigoureuse du texte est en harmonie avec l'esprit de la loi. C'est dans l'intérêt de la publicité que la loi limite à quinze années l'effet de l'inscription; donc le conservateur ne doit pas consulter des registres qui remontent à plus de quinze ans, ces registres contiennent des inscriptions légalement périmées. Si le législateur avait prévu la difficulté, il l'aurait certainement décidée contre le créancier.

N° 3. PAR QUI ET DANS QUELLES FORMES LE RENOUVELLEMENT DOIT-IL SE FAIRE?

113. Renouveler une inscription, c'est prendre une seconde inscription; il faut donc appliquer à l'inscription renouvelée ce que nous avons dit de la première inscription, en ce qui concerne le droit ou l'obligation de la requérir (2). Par application de ce principe, il a été jugé que les liquidateurs d'une faillite sont tenus de prendre inscription au nom du failli et de la renouveler, et que, s'ils ne le font pas, ils ne peuvent pas agir en dommages-intérêts contre les héritiers d'un liquidateur pour avoir pris une inscription nulle. Si la première inscription était nulle, dit la cour de cassation, les demandeurs avaient à se reprocher de n'avoir pas pris en temps utile une inscription nouvelle; et si elle était valable, ils auraient dû la renouveler (3).

Le créancier remet à un avoué la grosse du titre constatant sa créance, avec le mandat d'en poursuivre le recouvrement. Il a été jugé que ce mandat implique virtuellement l'obligation de faire tous actes conservatoires de la créance et, partant, de renouveler l'inscription de l'hypothèque qui en garantissait le payement. En effet, pour recouvrer une créance, il faut avant tout la conserver; le mandat de recouvrer serait tout à fait inutile s'il n'imposait le devoir de conserver (4).

(1) Bourges, 30 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 52). Pont, t. II, p. 439, n° 1064.

(2) Martou, t. III, p. 216, n° 1142. Aubry et Rau, t. III, p. 382, 4°, § 280.

(3) Rejet, 3 février 1874, après délibéré en chambre du conseil (Dalloz, 1874, 1, 103).

(4) Toulouse, 15 mai 1875 (Dalloz, 1876, 2, 155).

114. On a prétendu que les conservateurs des hypothèques devaient renouveler les inscriptions qu'ils sont tenus de faire d'office. Telles sont les inscriptions pour les priviléges résultant d'actes soumis à la transcription; telle est encore l'inscription prise en vertu de la loi du 5 septembre 1807 (art. 7) pour la conservation des droits du trésor. La question a été soumise au conseil d'Etat; à notre avis, elle ne méritait pas cet honneur. L'inscription d'office est une exception, la règle étant que le conservateur n'agit que sur réquisition; donc, dès qu'il n'est pas dans le cas de l'exception, on doit appliquer la règle; c'est au créancier de veiller à la conservation de ses droits. Vainement dirait-on que celui qui est chargé de prendre une inscription doit aussi la renouveler. Le conseil d'Etat dit très-bien que grande est la différence entre l'inscription d'office et son renouvellement. Quand le conservateur doit transcrire un acte qui donne naissance à un privilége, son attention est nécessairement appelée sur le privilége pour lequel il est chargé de prendre une inscription d'office; encore cette inscription n'est-elle pas nécessaire pour la conservation du privilége. Mais, après dix ou quinze ans écoulés depuis que l'inscription a été faite, le conservateur ne pourrait se rappeler les inscriptions dont le renouvellement est devenu nécessaire, sans tenir des écritures très-compliquées; le défaut de renouvellement le soumettrait à une responsabilité très-onéreuse, et cela contrairement à tout principe. C'est au créancier de veiller à ses intérêts, et non au conservateur de sauvegarder les intérêts des particuliers. Quant à l'administration du trésor public, il lui est très-facile de tenir un registre des bordereaux constatant l'inscription d'office que le conservateur doit lui envoyer, et, par conséquent, de renouveler ces inscriptions dans les délais prescrits par la loi : il n'y avait aucun motif de l'exempter de la règle générale; on doit supposer, au contraire, que les intérêts du trésor sont mieux gérés que les affaires des particuliers (1).

(1) Avis du conseil d'Etat, du 22 décembre 1807, approuvé le 22 janvier 1808 (Locré, t. VIII, p. 292).

115. Si, au moment où le renouvellement doit se faire, la créance est cédée, le cessionnaire peut renouveler l'inscription; cela n'est pas douteux, puisqu'il est créancier. On admet qu'il peut aussi faire renouveler l'inscription au nom du cédant, alors même que celui-ci serait mort. Cela n'est pas régulier; le cédant n'est plus créancier, et comment celui qui est mort pourrait-il être censé prendre une inscription? La cour de cassation a néanmoins validé ces inscriptions, par le motif que la désignation du cédant, au lieu du cessionnaire, ne pouvait causer un préjudice aux tiers (1). D'après notre loi, cette considération serait décisive, puisqu'il n'y a plus de nullité sans grief (n° 95).

116. Le renouvellement de l'inscription est-il soumis aux mêmes formalités que l'inscription primitive? On demande d'abord si le créancier doit présenter au conservateur une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. La jurisprudence s'est prononcée pour la négative; ce qui ne nous paraît pas douteux. C'est l'inscription qui doit être renouvelée; mais la loi ne prescrit pas de répéter les formalités qui la précèdent, à moins qu'elles ne soient nécessaires pour le renouvellement. Ainsi, bien que la loi ne dise pas que le requérant doit présenter des bordereaux, le conservateur ne peut être tenu de faire une seconde inscription pas plus qu'une première sans un bordereau; car, dans le système du code civil et de la loi hypothécaire, il ne fait que mentionner dans l'inscription le contenu aux bordereaux (article 83; code civil, art. 2148); donc il peut exiger un bordereau dans tous les cas où il est requis d'opérer une inscription. Il n'en est pas de même de la représentation de l'acte d'où procède le privilége ou l'hypothèque. C'est une garantie pour le conservateur; or, elle lui a été fournie, puisqu'il y a une première inscription prise sur la représentation du titre; le fait seul qu'il s'agit d'une seconde inscription rend donc inutile la production du titre en vertu duquel la première a été prise (2).

(1) Rejet, 11 août 1819 et 16 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1641, 1° et 4°). Aubry et Rau, t. III, p. 382, § 280.

(2) Cassation, 14 avril 1817; Paris, 27 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1667).

117. Quelles sont les indications que doivent contenir les bordereaux et, par suite, l'inscription? On demande d'abord si l'inscription renouvelée doit être en tout conforme aux prescriptions de l'article 83 (code civil, art. 2148). La question est controversée, et il y a quelque doute (1). Merlin dit que renouveler une inscription, c'est prendre une *inscription* nouvelle. Dès lors nul doute, d'après lui, que le renouvellement de l'inscription ne doive être fait dans les mêmes formes et contenir les mêmes indications que l'inscription première. Telle est aussi l'opinion de Grenier, de Battur et de Martou. Elle est rigoureuse, mais elle nous paraît conforme aux principes. Une inscription renouvelée est une inscription; or, il n'y a pas deux espèces d'inscriptions; d'après nos textes, il n'y en a qu'une seule, et l'article 83 (code civil, art. 2148) détermine les formes qui doivent être observées.

La cour de cassation s'est prononcée pour une interprétation plus indulgente. Elle dit que l'article 2254 (loi hyp., art. 90) n'exige point que le renouvellement soit accompagné de la répétition de *toutes* les énonciations prescrites par l'article 2148 (loi hyp., art. 83) pour la validité de l'inscription primitive. La cour ajoute qu'il eût été inutile de l'exiger, puisque les énonciations sont déjà consignées sur les registres du conservateur, et qu'il est toujours indispensable de recourir à l'inscription qui est dite renouvelée, afin de s'assurer si elle existe réellement, si elle a la date qu'on lui assigne et si elle est régulière (2). Il est certain que tel aurait pu être le système de la loi, et on peut ajouter qu'il eût été très-rationnel; mais il ne s'agit pas de ce que la loi aurait pu ou dû faire, il s'agit de ce qu'elle a fait. Or, dans le système de la jurisprudence, il y a deux espèces d'inscriptions; tandis que le code civil ne connaît qu'une inscription prise dans les formes établies par l'article 2148, et renouvelée, par conséquent, dans les mêmes formes. Il y a plus; dans le système de la jurisprudence, on ne sait pas quelles sont les formes de l'inscription re-

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 383, note 34, § 280.
(2) Cassation, 22 février 1825 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1658, 3°). Comparez les arrêts cités par Dalloz, n°s 1657-1659.

nouvelée; la cour de cassation dit que l'inscription nouvelle ne doit pas reproduire *toutes* les indications de l'inscription primitive. Il y a donc des indications qu'elle doit contenir. Quelles sont ces mentions? On ne le sait. Logiquement il faudrait dire qu'il n'y a pas de formes prescrites pour le renouvellement, sauf celles qui résultent du texte de l'article 90 (code civil, art. 2154), c'est-à-dire que l'inscription nouvelle doit seulement contenir la mention qu'elle a été prise en renouvellement de l'inscription faite sur le registre du conservateur, à telle date (1). Mais pourrait-on dire d'une pareille mention que c'est une inscription? Nous n'insistons pas, parce que, d'après notre loi, la question n'a guère d'importance pratique. L'inscription ne serait pas nulle par cela seul qu'elle ne reproduirait pas les formalités de l'article 83 (code civil, art. 2148); il faudrait qu'il y eût préjudice, et l'on ne voit pas quel préjudice l'irrégularité de la seconde inscription peut causer aux tiers, puisque c'est la première inscription qui les intéresse; or, nous supposons que la première est rappelée dans la seconde; ce qui suffit pour avertir les tiers qu'il y a une première inscription par laquelle ils seront primés. Il y a un cas dans lequel la nouvelle inscription est, en réalité, une première inscription. Si le conservateur ne prend pas l'inscription d'office pour les priviléges qui se conservent par la transcription, le créancier devra, avant l'expiration des quinze ans à partir de la transcription, renouveler la publicité; ce qui se fera, non en transcrivant de nouveau, mais en prenant inscription; comme cette inscription est la première qui se trouvera dans le registre aux inscriptions, elle devra contenir toutes les indications prescrites par l'article 83 (code civil, art. 2148).

118. Il y a une mention qui est essentielle pour que la nouvelle inscription conserve les effets de la première. Aux termes du § 3 de l'article 90, l'inscription en renouvellement ne vaudra que comme inscription première, si elle ne contient pas l'indication précise de l'inscription renouvelée; mais il n'est pas nécessaire d'y rappeler les inscriptions

(1) Pont, t. II, p. 429, nº 1052.

précédentes. Pourquoi la nouvelle inscription doit-elle contenir l'indication précise de l'inscription renouvelée? Afin que les tiers sachent que l'inscription nouvelle ne fait que renouveler une première inscription, et que l'hypothèque a rang à partir de l'inscription primitive. Si l'inscription ne mentionnait pas qu'elle est prise en renouvellement d'une ancienne inscription, les tiers seraient induits en erreur, puisqu'ils ne sauraient pas quel est le vrai rang de l'inscription; or, l'inscription a pour objet de fixer le rang entre les créanciers (art. 81; code civil, art. 2134) et de faire connaître ce rang aux tiers.

Le code civil n'exigeait point la mention formelle que notre loi hypothécaire prescrit : de là controverse sur le point de savoir si cette mention était nécessaire. Troplong prétendait qu'elle était inutile, en ce sens que les tiers n'y avaient aucun intérêt. Cela n'est pas exact. Troplong donne l'exemple suivant : « Je prends inscription le 5 mai 1807, et je la renouvelle le 4 mai 1817, sans dire que c'est par continuation de la première inscription. Tous ceux qui ont pris inscription après 1807 et avant l'expiration de dix ans ont su que je les primais; quant à ceux qui ont pris inscription après 1817, que leur importe que je les prime par mon inscription de 1817, ou par celle de 1807? La même conclusion aurait lieu si je me trouvais en présence d'un tiers détenteur (1). » On a répondu, et la réponse est péremptoire, qu'il y a des cas où les tiers ont intérêt à savoir si l'inscription portée sur les registres est une première inscription, ou si c'est une inscription prise en renouvellement d'une inscription plus ancienne qui donne rang au créancier à compter de sa date. Une créance est inscrite au mois de mai 1876 et une autre au mois de juin de la même année; cette dernière est prise en renouvellement d'une première inscription, mais ne contient pas la mention de celle-ci. J'achète la créance inscrite en mai 1876, comptant qu'elle a un rang antérieur à celle du mois de juin : je serai trompé et lésé, car je me verrai primé par l'in-

(1) Troplong, t. III, n° 715. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 383, § 280.

scription du mois de juin, qui est une inscription en renouvellement. L'erreur et le préjudice viennent de ce que la seconde inscription, celle du mois de juin, ne fait pas connaître le fait du renouvellement; le législateur a donc bien fait d'exiger la mention du renouvellement, pour empêcher que les tiers ne fussent induits en erreur.

Voici une autre hypothèse dans laquelle un tiers acquéreur sera trompé et lésé si l'inscription prise en renouvellement ne fait pas connaître la première inscription. J'achète un immeuble avec charge de payer mon prix aux créanciers inscrits dans l'ordre de leurs inscriptions. Il y a des inscriptions de 1870, de 1871 et de 1873; les deux premières absorbent le prix; je le paye entre les mains des créanciers; puis vient le troisième, qui me poursuit en vertu de son hypothèque dont le rang est antérieur à celles des années 1870 et 1871, parce que son inscription était prise en renouvellement d'une inscription de 1869; il était le premier en rang, et je l'ignorais; j'ai été induit en erreur par l'inscription qui ne mentionnait point le renouvellement; donc le législateur a dû exiger cette mention (1).

L'article 90 dit que si une inscription est plusieurs fois renouvelée, il suffit que l'on mentionne la dernière inscription; il est inutile de mentionner celles qui précèdent, parce que les tiers, en consultant les registres, verront que la seconde inscription est elle-même le renouvellement d'une première.

119. Si l'inscription nouvelle ne contient pas l'indication de l'inscription renouvelée, elle ne vaudra que comme inscription première. C'est dire que le créancier perd le rang attaché à son hypothèque, bien qu'il ait fait le renouvellement dans les quinze ans. Mais les tiers ont dû croire que c'était une première inscription; ils seraient trompés si le créancier pouvait réclamer contre eux un rang que l'inscription ne faisait pas connaître. Dans le système de publicité, le créancier ne peut avoir d'autres droits que ceux que l'inscription fait connaître aux tiers.

(1) Martou, t. III, p. 219, n° 1144.

S'il s'agit d'un privilége dont l'inscription doit être renouvelée, quelle sera la conséquence du défaut de mention? Le créancier privilégié ne pourra pas réclamer son rang primitif. Sera-t-il aussi déchu de son privilége? L'affirmative est enseignée; elle nous paraît douteuse. Il est vrai que si le créancier ne renouvelle pas l'inscription dans le délai de quinze ans, il perd son privilége, comme nous le dirons plus loin; mais on ne peut pas dire du créancier qui a pris une seconde inscription avant l'expiration des quinze ans qu'il n'a pas renouvelé l'inscription; il n'a pas observé les formes prescrites pour le renouvellement, il faut donc se borner à appliquer la sanction que la loi prononce. Or, tout ce qu'elle dit, c'est que le créancier perd son rang; le créancier privilégié sera donc primé par les créanciers inscrits après lui, mais sa créance conservera sa qualité de privilége. Dira-t-on qu'un privilége qui perd son rang n'est plus un privilége? Il est vrai que le créancier perdra un droit attaché à son privilége, mais sa créance ne changera pas de nature; ainsi il primera les créanciers hypothécaires inscrits le même jour que lui; tandis que, s'il était simple créancier hypothécaire, il viendrait en concurrence et il serait payé par contribution.

Nº 4. DE L'EFFET DU RENOUVELLEMENT ET DE LA PÉREMPTION.

120. Si le créancier renouvelle l'inscription dans le délai de quinze ans, il conserve son hypothèque ou son privilége avec le rang et les droits que lui donnait sa première inscription; rien n'est changé dans sa situation, ses droits restent entiers, il les conserve comme si la première inscription continuait à produire tous ses effets. Toutefois la seconde inscription n'a qu'un effet temporaire, comme la première; son effet cesse à l'expiration de la seconde période de quinze ans; le créancier doit avoir soin de la renouveler avant que ce délai soit écoulé; il peut ainsi, en renouvelant successivement l'inscription, en perpétuer les effets, c'est-à-dire qu'il conservera tous les droits attachés à l'inscription aussi longtemps que l'hypothèque ou le privilége existeront (nº 105).

121. Si l'inscription n'est pas renouvelée, son effet cesse, dit l'article 90 (code civil, art. 2154). On dit, dans ce cas, que l'inscription est *périmée;* l'expression marque énergiquement que l'inscription non renouvelée est censée n'avoir jamais été prise. Donc le créancier hypothécaire ou privilégié se trouve dans la situation où il serait s'il n'avait pas pris inscription. Il suit de là que l'hypothèque et le privilége subsistent, à la vérité, mais ils sont inefficaces. Nous disons que l'hypothèque et le privilége subsistent; en effet, l'inscription n'est pas une condition requise pour la validité de l'hypothèque et du privilége; elle est requise pour que le créancier puisse opposer son droit aux tiers qui pourraient l'ignorer. Nous avons dit ailleurs quels sont les effets que l'inscription produit (n° 101) : entre créanciers, l'hypothèque n'a de rang qu'en vertu de l'inscription, et les créanciers inscrits peuvent seuls exercer le droit de suite. Donc tous les droits que l'hypothèque donne au créancier à l'égard des tiers sont subordonnés à l'inscription. Il en est de même du privilége, sauf que le rang du créancier privilégié ne dépend pas toujours de la date de l'inscription. Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Priviléges*.

Il ne suffit pas que l'inscription ait été prise pour que le créancier jouisse du droit de suite et du droit de préférence; il faut aussi qu'elle soit renouvelée. On a soutenu, devant la cour de cassation de Belgique, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires, inscrits sur l'immeuble au moment de l'aliénation, peuvent le suivre, dans quelques mains qu'il passe, alors même que l'inscription n'aurait pas été renouvelée. L'article 2166 (loi hyp., art. 96) ne dit pas cela; il faut qu'au moment même où le créancier veut exercer son action hypothécaire contre le tiers détenteur, son hypothèque soit inscrite; or, l'inscription première est périmée après quinze ans si elle n'est pas renouvelée; donc, à défaut de renouvellement, le créancier ne peut pas plus poursuivre le tiers détenteur qu'il ne le pourrait s'il n'avait jamais pris inscription. La cour de cassation dit que l'article 2154 (loi hyp., art. 90) a *évidemment* pour conséquence d'*affranchir* l'immeuble de l'*hypothèque* dont l'in-

scription est périmée (1). C'est trop dire; l'hypothèque n'est pas éteinte, elle subsiste, seulement l'effet de l'inscription cesse, comme le dit la loi, et il faut s'en tenir aux termes de la loi; le langage inexact conduit facilement à des idées inexactes.

122. Qui peut opposer la péremption des inscriptions hypothécaires? Ceux qui peuvent se prévaloir du défaut d'inscription peuvent aussi opposer le défaut de renouvellement de l'inscription, puisque l'inscription non renouvelée est périmée, c'est-à-dire qu'elle est censée n'avoir pas été prise. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit plus haut (t. XXX, n° 551).

123. La connaissance que les tiers auraient de l'inscription non renouvelée peut-elle suppléer au défaut de renouvellement? Nous avons examiné la question de principe en traitant du rang que les hypothèques ont entre elles (t. XXX, n° 552). La cour de cassation de Belgique a jugé que la circonstance que le tiers détenteur aurait connu positivement l'existence de l'hypothèque ne le prive pas du droit d'opposer au créancier la péremption de l'inscription; ce qui exclut le droit de suite (2). Elle se fonde sur les termes généraux de la loi, qui ne distingue pas si les tiers intéressés connaissaient ou non l'hypothèque non rendue publique. L'argument avait quelque valeur sous l'empire du code civil, et la décision de la cour est antérieure à la loi hypothécaire, dont l'article 1er fournit un argument très-sérieux en faveur de l'opinion contraire que nous avons soutenue.

124. La péremption n'ayant pas pour effet d'éteindre l'hypothèque, le créancier peut toujours prendre une inscription nouvelle après l'expiration des quinze ans; mais l'inscription qu'il prendra n'aura d'effet qu'à compter de la date; tandis que l'inscription renouvelée dans les quinze ans conserve sa date première et le rang qui y est attaché (3).

Il y a encore une autre différence entre l'inscription nouvelle prise après les quinze ans et l'inscription renouvelée

(1) Rejet, 6 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 139).
(2) Arrêt précité (note 1).
(3) Martou, t. III, p. 222, n° 1149. Pont, t. II, p. 421, n° 1035.

dans ce délai. Celle-ci, dans l'opinion commune (nº 117), ne doit pas être faite dans les formes prescrites par l'article 83 (code civil, art. 2148). Il n'en est pas de même de l'inscription requise après l'expiration des quinze ans : ce n'est pas une inscription renouvelée, c'est une inscription nouvelle, la première étant périmée; le créancier se trouve donc sous l'empire du droit commun; il doit faire l'inscription dans les formes légales, sous peine de nullité, s'il y a lieu; et il y aurait nullité s'il se contentait de dire qu'il renouvelle l'inscription prise tel jour, car cette inscription induirait les tiers en erreur.

125. La péremption de l'inscription prise pour la conservation des priviléges a un effet particulier : c'est que le créancier est déchu du privilége et ne conserve plus qu'une hypothèque. L'article 37 le dit pour les priviléges qui se conservent par la transcription; il porte que l'inscription d'office prise par le conservateur devra être renouvelée *en conformité de l'article* 90, et qu'à défaut de renouvellement, le privilége dégénère en hypothèque. C'est l'application du principe que le créancier est déchu de son privilége quand il ne remplit pas les conditions prescrites pour la conservation de son droit. La disposition de l'article 37 étant l'application d'un principe, il en résulte que le même principe doit être appliqué à tous les priviléges. Ainsi l'architecte conserve son privilége en inscrivant, avant le commencement des travaux, le procès-verbal qui constate l'état des lieux, et en inscrivant le second procès-verbal dans la quinzaine de la réception des ouvrages. Ces inscriptions doivent être renouvelées avant l'expiration des quinze ans; à défaut de renouvellement, le créancier privilégié perd son privilége et ne conserve qu'une hypothèque. La loi ne le dit pas formellement, comme le dit l'article 37 pour les priviléges qui se conservent par la transcription; mais cela résulte des textes et des principes. D'après l'article 38, l'inscription prise après le délai de quinzaine ne vaut plus que comme inscription d'hypothèque, le privilége est transformé en hypothèque. Or, quand l'inscription prise dans les délais légaux n'est pas renouvelée, elle est considérée comme n'ayant pas été faite (nº 121); la nouvelle inscrip-

tion prise par l'architecte est donc faite en dehors des délais légaux; partant, elle est tardive; il en résulte que le privilége est éteint et qu'il ne reste au créancier qu'une hypothèque. Cela est aussi en harmonie avec le principe sur lequel est fondée la disposition de l'article 37: l'architecte n'a pas rempli les conditions prescrites pour la conservation du privilége; il le perd donc, et il ne lui reste qu'une hypothèque (1).

126. Il y a des cas dans lesquels le créancier dont l'inscription est périmée ne peut plus la renouveler; il en résulte que la péremption le prive de l'exercice de son droit hypothécaire. On ne peut pas dire que l'hypothèque est éteinte, car le défaut d'inscription n'éteint pas l'hypothèque, elle subsiste entre les parties, mais le créancier ne peut pas s'en prévaloir contre les tiers; c'est donc une hypothèque qui est frappée d'inefficacité en ce qui concerne le droit de préférence et le droit de suite. Il en est ainsi quand l'inscription doit être prise dans un certain délai. Tel est le cas où le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué. Si l'acquéreur transcrit l'acte de vente, l'inscription des hypothèques concédées avant la transcription ne peut plus avoir lieu (art. 112); donc, si la première inscription n'a pas été renouvelée avant la transcription, le créancier ne sera plus admis à la renouveler; car, renouveler l'inscription, c'est prendre une inscription, et aucune inscription ne peut être prise après la transcription de l'acte d'aliénation. Il en serait de même si le débiteur était tombé en faillite après la péremption de l'inscription primitive; les parties se trouvent alors dans la situation où elles seraient si aucune inscription n'avait été prise; d'où suit que le créancier a encouru la déchéance établie par l'article 82. Ce principe reçoit encore son application dans le cas où le débiteur vient à mourir après la péremption; le renouvellement de l'inscription devra se faire dans les trois mois; après ce délai, le créancier est déchu du droit de prendre inscription et, par conséquent, de renouveler celle qui aurait été

(1) Comparez Martou, t. III, p. 223, n° 1152

prise. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur tous ces points (1).

127. Les parties intéressées peuvent-elles déroger aux principes qui régissent le renouvellement des inscriptions et la péremption? L'affirmative n'est pas douteuse; elle a été consacrée par la cour de cassation dans une espèce où un créancier hypothécaire avait consenti à être primé par une autre hypothèque, quand même l'inscription ne serait pas renouvelée. C'est une convention d'intérêt privé qui ne touche en rien à l'ordre public; donc elle doit être exécutée entre parties contractantes. Cela ne fut pas même contesté, dans l'espèce; le seul point douteux consistait à savoir si le créancier hypothécaire au profit duquel la stipution avait été faite pouvait en profiter, bien qu'il n'eût pas été partie au contrat. La chambre civile décida qu'il en pouvait profiter, par application des principes qui régissent les conventions; elle cassa néanmoins l'arrêt attaqué, mais pour un autre motif (2).

N° 5. QUAND LES INSCRIPTIONS NE DOIVENT-ELLES PLUS ÊTRE RENOUVELÉES?

128. L'inscription doit être renouvelée pour conserver les effets que la loi y attache, c'est-à-dire le droit de préférence et le droit de suite. Tant que le créancier n'a pas exercé ses droits, il doit renouveler l'inscription, sinon il ne jouira pas des droits qui résultent de l'hypothèque et qui sont sauvegardés par l'inscription. Mais si l'hypothèque a produit les effets qu'elle est destinée à produire, l'inscription devient inutile, et, par conséquent, le créancier ne doit plus la renouveler. Quand peut-on dire que les effets de l'hypothèque sont produits? Tant que le créancier doit exercer son action contre l'immeuble, l'hypothèque n'a pas produit son effet; l'action tend, au contraire, à réaliser le but de l'hypothèque, en faisant vendre l'immeuble hypothéqué et en colloquant le créancier sur le prix. Faut-il que

(1) Martou, t. III, p. 224, n° 1154. Pont, t. II, p. 421, n° 1036. Verviers, 22 mai 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 319).
(2) Cassation, 1er juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 222).

le créancier ait touché le prix ou la partie du prix pour laquelle il a été colloqué, pour que l'hypothèque ait produit son effet et que l'inscription ne doive plus être renouvelée? Non, il suffit que le créancier ait acquis un droit au prix, car celui qui a un droit sur le prix est censé avoir le prix même. Une fois qu'il a un droit sur le prix, le but de l'hypothèque est atteint; partant, le créancier n'est plus tenu de renouveler l'inscription en ce qui concerne le droit de préférence. Mais, tant qu'il n'a pas touché le prix, il peut avoir intérêt à renouveler l'inscription pour conserver le droit de suite. C'est avec cette restriction qu'il faut entendre le principe que le droit sur le prix acquis au créancier réalise l'hypothèque et rend inutile le renouvellement de l'inscription (1).

Tout le monde est d'accord sur le principe. Les auteurs de la loi belge l'ont formulé dans les rapports des commissions, en l'appliquant aux diverses hypothèses dans lesquelles il s'était présenté des difficultés sous l'empire du code civil (2). Pourquoi, au lieu d'exposer les règles dans les rapports, ne les ont-ils pas écrites dans la loi? La commission spéciale répond à la question en citant un avis que la cour de Limoges donna à l'occasion des projets de loi sur les hypothèques. Il eût été facile de formuler un principe, puisque la commission le fait dans son rapport. On pouvait encore trancher les difficultés qui s'étaient présentées dans la pratique; la commission le fait. Mais il était difficile, pour ne pas dire impossible, de prévoir les faits et les circonstances qui viendraient modifier ces décisions, ainsi que les difficultés nouvelles qui pourraient surgir; le législateur préféra s'en rapporter à la prudence des juges. Nous le regrettons. Sans doute, le législateur ne peut jamais prévoir les circonstances si variées de la vie réelle qui viennent modifier l'application des lois et qui la rendent si difficile; mais cela n'empêche pas que la loi pose des principes et décide les questions controversées, sauf au juge à appliquer les principes aux cas non prévus, en

(1) Martou (t. III, p. 224, n° 1155. Pont, t. II, p. 433, n° 1055.
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 50 et suiv.).

s'aidant au besoin de l'argumentation analogique. Dans le silence de la loi, les questions discutées dans les rapports resteront douteuses; nous prendrons appui sur l'avis des commissions, mais on ne peut se dissimuler que ce n'est qu'une autorité morale.

129. Tant que les immeubles hypothéqués restent entre les mains du débiteur, les inscriptions doivent être renouvelées. En effet, le seul droit du créancier est de poursuivre le débiteur par l'action personnelle qui naît de l'obligation principale, puis par la saisie des biens, qui sont le gage spécial du créancier. Mais l'action personnelle et la saisie ne réalisent pas l'hypothèque, c'est seulement un moyen d'arriver à cette réalisation; il ne peut pas être question d'un droit du créancier sur le prix tant qu'il n'y a point de prix, et il n'y a de prix que lorsque l'immeuble hypothéqué est vendu. La vente peut être forcée ou volontaire. Dans ce cas, naît la question de savoir à quel moment le créancier acquiert un droit sur le prix et est dispensé, en conséquence, de renouveler l'inscription.

I. *Vente forcée.*

130. On a soutenu que le fait seul de la saisie donnait au créancier un droit au prix pour lequel l'immeuble sera adjugé. L'erreur est certaine. En effet, la saisie peut ne pas être continuée, la poursuite peut se périmer, ce qui remet les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de saisie; dans ce cas, il n'y a ni vente ni prix; il ne peut donc pas s'agir d'un droit du créancier sur le prix; partant, le créancier doit renouveler son inscription pour qu'il conserve son droit de préférence. A plus forte raison en est-il ainsi du droit de suite. La loi sur l'expropriation forcée permet au saisi d'aliéner sous certaines conditions imposées à l'acquéreur; elle réserve les droits des créanciers, mais seulement s'ils sont inscrits; par suite, il est de leur intérêt de renouveler l'inscription hypothécaire (1).

(1) Liége, 21 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 467). Bruxelles, 31 mars 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 301). Martou, t. III, p. 225 n° 1156. Aubry et Rau, t. III, p. 375, note 13, § 280

131. Si la saisie ne réalise pas le droit du créancier, elle tend cependant à le réaliser, puisque d'ordinaire elle aboutit à la vente forcée et, par suite, à la distribution du prix entre les créanciers hypothécaires. La question est de savoir à quel moment les créanciers inscrits acquièrent un droit au prix et sont dispensés, par conséquent, de renouveler leur inscription. Il y a controverse sur ce point; nous nous rangeons à l'avis de la commission spéciale qui a été confirmé par un arrêt de la cour de cassation de Belgique. Un premier point est certain, d'après ce que nous venons de dire. Il ne peut s'agir d'un droit au prix avant l'adjudication, puisque jusque-là il n'y a point de vente et pas de prix; c'est contre l'immeuble que le saisissant agit, et cet immeuble reste la propriété du saisi jusqu'à l'adjudication; jusque-là donc les créanciers doivent renouveler leur inscription. L'adjudication est la vente forcée de l'immeuble; l'adjudicataire est acheteur, il est débiteur du prix. Reste à savoir si les créanciers hypothécaires ont un droit sur ce prix. Telle est la question que la cour de cassation a décidée affirmativement, ainsi que la commission spéciale qui a rédigé le projet de loi sur le régime hypothécaire (1).

La cour de cassation commence par poser le principe que l'inscription ne doit plus être renouvelée dès que le droit au prix est acquis; de sorte que la péremption de l'inscription qui survient postérieurement n'empêche pas le créancier d'exercer son droit sur le prix. La question, si vivement controversée, se réduit donc à savoir quand le créancier a un droit acquis sur le prix des biens expropriés. Or, au moment de l'adjudication, il intervient un contrat judiciaire entre l'adjudicataire et tous les créanciers inscrits. En effet, quoique la saisie ne soit poursuivie que par l'un des créanciers, les autres deviennent parties dans le procès en expropriation à compter de la notification que le saisissant doit leur faire, d'après le code de procédure (art. 695 et 696; loi du 15 août 1854, art. 33 et 35). Quel est ce contrat et quel droit donne-t-il aux créanciers? « Le con-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 50, 2°). Rejet, 14 juillet 1853, au rapport de Peteau, et sur les conclusions conformes du procureur général, M. Leclercq (*Pasicrisie*, 1853, 1. 362).

trat renferme la clause implicite d'indication de payement et l'engagement personnel de l'adjudicataire de payer les créanciers inscrits, selon leur rang, jusqu'à concurrence de son prix. Sur ce point, il n'y a aucun doute; reste à déterminer le moment précis auquel le contrat se parfait. Ici il y a des dissentiments et des opinions diverses. Si l'on admet, avec la cour de cassation, que l'adjudicataire s'oblige à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits, il faut aussi admettre que cette obligation est contractée au moment même où l'immeuble lui est adjugé. Il est vrai qu'après l'adjudication commence une nouvelle procédure; les créanciers doivent produire leurs titres, le rang de chacun d'eux doit être déterminé; mais on n'en doit pas conclure que c'est seulement le jugement d'ordre qui donne aux créanciers un rang sur le prix, car le jugement d'ordre n'est que déclaratif des droits acquis aux créanciers et ne fait que déterminer la part qui a appartenu, du jour de l'adjudication, à chaque créancier colloqué (1).

La cour ajoute une réserve à sa décision. Si l'inscription ne doit plus être renouvelée après l'adjudication, c'est en ce sens que les créanciers peuvent exercer leur droit sur le prix, quoique l'inscription vienne à se périmer. Mais la péremption éteint le droit des créanciers sur l'immeuble; sous ce rapport, ils peuvent avoir intérêt à renouveler leur inscription; nous y reviendrons.

132. Quand l'adjudicataire paye son prix entre les mains des créanciers, il n'y a plus de difficulté, tout est consommé. Si l'adjudicataire ne satisfait pas à ses obligations, l'immeuble est revendu à la folle enchère. Qu'est-ce que la folle enchère et quelle influence exerce-t-elle sur les droits des créanciers dont l'inscription n'aurait pas été renouvelée? La commission spéciale s'est expliquée sur toutes les difficultés auxquelles la folle enchère donne lieu. Dans l'ancienne jurisprudence, la folle enchère était une résolution de la première adjudication, qui était considérée comme

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 376, note 14, § 250, et les autorités qu'ils citent, et la jurisprudence française, dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 1679. Ajoutez Rejet, 22 janvier 1877 (Dalloz, 1877, 1, 249); Caen, 9 mai 1871, Dalloz, 1876, 2, 102).

n'ayant pas eu lieu. S'il en était encore ainsi, la folle enchère menacerait les droits des créanciers; ceux-ci seraient donc obligés, en vue de cette éventualité, de renouveler leur inscription. Mais telle n'est plus la folle enchère dans notre droit moderne ; elle ne résout pas la première adjudication; l'adjudicataire peut être poursuivi, en payement du prix, pendant la poursuite de la folle enchère. Même après la revente sur folle enchère l'adjudication subsiste, en ce sens que le fol enchérisseur reste tenu, même par corps, de la différence de son prix d'avec celui de la revente. Qu'est-ce donc que la folle enchère au point de vue des créanciers qui avaient acquis un droit sur le prix contre le premier adjudicataire? La première adjudication n'étant pas résolue, le droit des créanciers subsiste; au lieu de l'exercer contre le fol enchérisseur, ils l'exercent contre le nouvel adjudicataire; celui-ci est substitué au premier et tenu de remplir les obligations qu'il avait contractées; donc les droits des créanciers restent intacts, ils peuvent seulement recevoir une diminution si la revente est faite pour un prix moindre que la première vente, car le nouvel adjudicataire ne peut pas être tenu au delà du prix qu'il s'est obligé de payer. Si tel est l'effet de la folle enchère, il en résulte que la revente ne porte aucune atteinte aux droits des créanciers, et, par suite, ils ne doivent pas renouveler leurs inscriptions, ni en vue de la folle enchère, ni pendant la poursuite. Cela est aussi fondé en raison. Il ne dépend pas de l'adjudicataire d'enlever aux créanciers les droits qu'ils tiennent du contrat judiciaire formé par l'adjudication : le débiteur peut-il, en manquant à ses engagements, anéantir le contrat au préjudice des créanciers? Le droit reste intact, quoique la poursuite du droit devienne impossible. C'est pour réaliser le droit des créanciers, et non pour l'anéantir, que la loi a organisé la folle enchère (1).

133. Nous avons supposé, ce qui arrive d'ordinaire,

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 53). Martou, t. III, p. 226, n° 1158. Aubry et Rau, t. III, p. 377, note 16, § 280, et les arrêts cités p. 380, note 24. En sens contraire, Pont, t. II, p. 435, n° 1058, et les autorités qu'il cite.

que la revente sur folle enchère se fait pour un prix moindre que la première adjudication. Cela n'empêche pas la première adjudication de recevoir son exécution, car le fol enchérisseur reste tenu, même par corps, de la différence de son prix d'avec celui de la revente. Mais le contraire peut arriver. La seconde adjudication se fait pour un prix plus élevé. Dans ce cas, il y a lieu à un supplément d'ordre. Quels sont les droits des créanciers colloqués dans le premier ordre sur le supplément de prix qui sera distribué en vertu du second ordre? Les créanciers n'ont de droit acquis que sur le prix que le premier adjudicataire s'était obligé à payer entre leurs mains : ils n'acquièrent un droit sur le supplément du prix que le second adjudicataire s'oblige de payer qu'en vertu de l'adjudication nouvelle; et pour acquérir ce droit, ils doivent être inscrits. De là suit que les créanciers dont les inscriptions ont été périmées depuis la première adjudication ne pourront pas être colloqués sur le supplément de prix; ils conservent leur droit jusqu'à concurrence du premier prix, mais ils ne peuvent pas acquérir un droit sur le prix supplémentaire, parce que, lors de la revente, ils n'étaient pas inscrits, et il n'y a que les créanciers inscrits qui aient un droit au prix (1).

134. Dans cette hypothèse, les créanciers auraient intérêt à renouveler leur inscription après l'adjudication qui leur a donné un droit au prix. Il ne faut donc pas entendre dans un sens trop absolu le principe que l'adjudication dispense les créanciers de renouveler leur inscription; cela n'est vrai que pour le droit de préférence qu'ils acquièrent sur le prix pour lequel l'immeuble a été adjugé. Mais si les créanciers sont dans le cas d'exercer leur droit sur l'immeuble, ils seront non recevables, parce que la péremption de l'inscription enlève tout effet à leur hypothèque; ils ne peuvent donc exercer aucun droit sur l'immeuble. Telle est l'hypothèse de la revente sur folle enchère quand elle se fait pour un prix plus élevé que la première vente. Le créancier qui se présente à l'ordre pour être colloqué

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 53 et suiv.). Martou, t. III, p. 227, n° 1159.

sur le prix supplémentaire agit comme créancier hypothécaire sur l'immeuble; dès lors il doit être inscrit; si son inscription est périmée, il est sans droit.

La commission spéciale prévoit un autre cas dans lequel les créanciers sont intéressés à renouveler l'inscription malgré l'adjudication. Cette adjudication leur a donné un droit sur le prix; ils ont encore un droit sur l'immeuble tant que le prix n'est pas payé, mais ce droit ils ne peuvent le conserver qu'en renouvelant leur inscription. Si donc l'adjudicataire revend l'immeuble, les créanciers inscrits conservent leur droit sur l'immeuble, tandis que ceux dont l'inscription est périmée n'ont aucun droit contre le tiers détenteur; celui-ci a acquis l'immeuble libre de toutes charges hypothécaires non inscrites; or, les inscriptions non renouvelées sont censées n'avoir pas été faites. Le droit des créanciers non inscrits peut périr dans ce cas; si l'adjudicataire qui revend est insolvable, le droit qu'ils ont sur le prix ne réalisera pas leur garantie hypothécaire, et ils n'ont plus d'action contre le tiers acquéreur (1). Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens, et cela n'est pas douteux (2).

II. *Vente volontaire.*

135. La vente volontaire que le débiteur fait de l'immeuble hypothéqué ne dispense pas les créanciers hypothécaires de renouveler leurs inscriptions. En effet, l'acheteur ne s'oblige pas, comme le fait l'adjudicataire, en cas de saisie, de payer son prix entre les mains des créanciers inscrits ; il s'oblige à payer son prix au vendeur; les créanciers n'acquièrent donc aucun droit sur le prix. Le seul droit qu'ils aient est celui que l'hypothèque leur donne sur l'immeuble; mais ce droit ils ne peuvent l'exercer que si l'hypothèque est inscrite et si l'inscription est conservée par le renouvellement. Peu importe que l'acheteur transcrive; la transcription n'a qu'un seul effet en ce qui con-

(1) Martou, t. III, p. 227, nº 1160, d'après le Rapport de la commission.
(2) Liége, 18 juin 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 312).

cerne la conservation des hypothèques, c'est que le créancier ne peut plus prendre inscription après que l'acte d'aliénation a été transcrit; en ce sens, la condition des créanciers antérieurs est fixée, mais il n'en résulte pas que ceux dont l'hypothèque était inscrite ne doivent plus renouveler leur inscription. Le principe généralement admis en cette matière (n° 128) ne laisse aucun doute sur ce point. Tant que les créanciers n'ont acquis aucun droit au prix, ils doivent renouveler leurs inscriptions; or, la vente ne donne aucun droit aux créanciers hypothécaires contre l'acheteur, ils n'ont contre lui que le droit de suite, et le droit de suivre l'immeuble contre les tiers détenteurs ne réalise certes pas l'hypothèque. Ce droit de suite même, ils ne l'ont qu'à condition que l'inscription subsiste au moment où ils l'exercent; et, comme nous allons le dire, il ne suffit pas d'exercer le droit de suite pour acquérir un droit sur le prix. Cela encore est d'évidence, le droit de suite n'étant qu'un moyen d'arriver à la réalisation du droit hypothécaire, en cas d'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Si nous rappelons ces principes élémentaires, c'est qu'ils ont été contestés devant la cour de cassation de Belgique; il va sans dire que la cour a rejeté le pourvoi, en décidant que le droit de suite est subordonné à l'existence d'une inscription qui subsiste, et soit, par conséquent, renouvelée lors de l'action que le créancier exerce contre le tiers détenteur (1).

136. Ce qui induit les praticiens en erreur, c'est que le code civil et la loi hypothécaire qui le reproduit sont très-mal rédigés. D'après l'article 97 de notre loi (code civil, art. 2167), le tiers détenteur qui ne paye pas demeure, *par l'effet seul des inscriptions, obligé*, comme *détenteur*, à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. On croirait, d'après cette disposition, que l'acquéreur est tenu de payer les créanciers, comme débiteur, en vertu de l'inscription;

(1) Rejet, 6 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 139). Martou, t. III, p. 229, n° 1161. Pont, t. III, p. 436, n° 1059. Aubry et Rau, t. III, p. 378, note 18, § 280. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1684).

ce qui conduit facilement à une autre erreur, à savoir que les créanciers hypothécaires n'ont plus rien à faire pour sauvegarder leurs droits. Le principe est mal formulé; le tiers détenteur n'est obligé à rien, précisément parce qu'il est tiers détenteur, c'est-à-dire *tiers* quant à la dette; il est tenu, comme détenteur, de se laisser exproprier. Donc les créanciers n'ont d'action que sur l'immeuble; or, il est de principe qu'ils ne peuvent agir sur l'immeuble qu'à la condition d'être inscrits et de conserver leur inscription, en la renouvelant, jusqu'à ce qu'ils aient acquis un droit sur le prix. De là suit que la poursuite que les créanciers exercent contre le tiers détenteur, en le sommant de payer ou de délaisser, ne réalise pas leur droit hypothécaire et ne les dispense, par conséquent, pas de renouveler l'inscription. La cour de Gand l'a jugé ainsi par un arrêt très-exactement motivé; ce qui est rare en cette matière, les juges imitant, en général, la mauvaise rédaction de la loi. On ne saurait prétendre, dit l'arrêt, que la sommation adressée au tiers détenteur fait produire à l'inscription son effet légal. En effet, cette interpellation, à laquelle le créancier peut ne pas donner suite, n'est qu'un préalable pour arriver à la saisie et à l'expropriation de l'immeuble sur le tiers détenteur. C'est seulement quand le droit réel sur l'immeuble est converti en droit sur le prix de cet immeuble que l'inscription produit son effet légal; ce qui rentre dans la première hypothèse de la vente forcée. Mais, pour que le droit sur l'immeuble puisse se transformer en droit sur le prix, il faut qu'au moment où cette transformation se fait, le droit hypothécaire soit conservé par une inscription renouvelée, s'il y a lieu (1).

137. Il en est de même quand, sur la poursuite du créancier, un jugement condamne le tiers détenteur à payer ou à délaisser. La cour de Douai s'y était trompée et avait décidé que, par ce jugement, l'inscription avait produit tout son effet. L'arrêt a été cassé; l'erreur de la cour est évidente. Il suffit, pour le prouver, de rappeler le principe

(1) Gand, 23 mai 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 163). Comparez la jurisprudence française dans Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1690, 1° et 4°; Martou, t. III, p. 229, n° 1162; Pont, t. II, p. 438, n° 1062.

sur lequel tout le monde est d'accord (n° 128). Le créancier acquiert-il un droit sur le prix quand il somme l'acheteur de payer ou de délaisser et que le juge accueille sa demande? Nous venons de dire que c'est là un préliminaire de l'expropriation, l'immeuble reste la propriété de l'acquéreur; si l'expropriation se poursuit, la poursuite se fait sur l'immeuble; et, pour poursuivre l'immeuble, le créancier doit avoir conservé son droit sur cet immeuble par l'inscription, en ayant soin de la renouveler (1).

138. Il peut cependant arriver qu'à la suite d'une vente volontaire les créanciers acquièrent un droit sur le prix; ce qui les dispense de renouveler leur inscription. La difficulté est de préciser les conditions sous lesquelles les créanciers, étrangers à la vente, deviennent créanciers de l'acheteur. Cela ne peut se faire qu'en vertu d'une clause du contrat de vente, dont le bénéfice est accepté par les créanciers. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut avant tout que la clause oblige l'acquéreur à payer son prix aux créanciers inscrits. Le cahier des charges d'une vente volontaire faite par-devant notaire porte que la maison se vend pour libre de toutes dettes, en ce sens que le prix servira à éteindre les charges qui pourraient la grever. Cette clause donne-t-elle aux créanciers un droit sur le prix? Non, car il était dit dans le cahier des charges que l'adjudicataire payerait son prix entre les mains des vendeurs. Il n'y avait donc aucun lien d'obligation entre l'acquéreur et les créanciers; dès lors ceux-ci étaient sans droit, et, par conséquent, ils auraient dû renouveler leurs inscriptions. Quand plus tard ils poursuivirent l'acheteur hypothécairement, les inscriptions étaient périmées. Ils prétendirent vainement que l'inscription avait produit son effet; la cour de Bruxelles décida que l'adjudicataire n'avait contracté aucune obligation personnelle envers les créanciers; que ceux-ci restaient, par conséquent, créanciers hypothécaires, n'ayant de droit que sur l'immeuble, et tenus, à ce titre, de conserver leur inscription en la renouvelant (2).

(1) Cassation, 31 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1, 79). Martou, t. III, p. 230, n° 1163. Pont, t. II, p. 438, n° 1062.
(2) Bruxelles, 22 juin 1853 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 5).

Dans l'espèce suivante, il a été jugé, par la cour de cassation de Belgique, que les créanciers avaient acquis un droit au prix. Il était stipulé dans l'acte de vente que le prix serait payé entre les mains des créanciers utilement inscrits, d'après l'ordre à ouvrir entre eux. Six créanciers inscrits comparurent devant un notaire conjointement avec les vendeurs et les acheteurs pour procéder à un ordre amiable. Le notaire dressa un ordre que les comparants approuvèrent comme exact et régulier; ceux qui n'étaient pas colloqués donnèrent mainlevée de leurs inscriptions. L'un des créanciers colloqués ne renouvela pas son inscription; les acheteurs n'ayant pas payé le prix, ce créancier poursuivit sur eux l'expropriation de l'immeuble vendu. Question de savoir si la clause de l'acte de vente, acceptée et exécutée par toutes les parties intéressées par l'ordre amiable auquel elles avaient procédé, avait conservé le droit du créancier dont l'inscription était périmée. L'affirmative n'était pas douteuse en ce qui concernait le droit au prix; les acheteurs étaient devenus débiteurs personnels des créanciers; et, à ce titre, ceux-ci n'avaient pas besoin d'inscription, puisqu'ils n'agissaient pas comme créanciers hypothécaires. Mais il y avait doute sur le point de savoir si le créancier dont l'inscription était périmée pouvait exproprier l'immeuble *vendu* sur les acheteurs, alors qu'il n'avait plus de droit hypothécaire. La cour de cassation répond que l'expropriation de l'immeuble vendu ne changeait rien aux droits respectifs des parties, tels qu'ils étaient arrêtés par la convention d'ordre; la péremption ne pouvait pas enlever au créancier le droit que lui assurait la convention. Il en eût été autrement, dit la cour, si les acquéreurs avaient consenti des droits sur l'immeuble à un tiers; dans ce cas, celui-ci aurait écarté les créanciers dont l'inscription était périmée (1). La décision est juste, mais les motifs ne sont pas énoncés assez clairement. Ce qui avait trompé le premier juge, c'est qu'un créancier dont l'inscription n'était pas renouvelée agissait sur l'immeuble

(1) Rejet, 17 janvier 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 1, 110). Comparez Rejet de la cour de cassation de France, chambre civile, 9 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Privilèges*, nº 1684, 4º).

même qui lui avait été donné en hypothèque, et sur lequel il ne pouvait plus exercer de droit hypothécaire, puisque son inscription était périmée. Mais est-ce bien comme créancier hypothécaire que le créancier poursuivait l'expropriation? Non, il agissait comme créancier personnel des acheteurs en vertu du contrat d'ordre intervenu entre les parties. En ce sens, la cour de cassation a raison de dire que rien n'était changé aux droits des parties; le créancier ne faisait que poursuivre l'exécution du contrat sur l'immeuble vendu, comme il aurait pu l'exercer sur les autres biens des acheteurs, devenus ses débiteurs personnels.

139. Il y a encore un cas dans lequel l'acquéreur devient débiteur personnel des créanciers inscrits. Ceux-ci le poursuivent en vertu de leur droit hypothécaire; le tiers détenteur délaisse l'immeuble hypothéqué, puis il le reprend, comme la loi lui en donne le droit. Cette reprise change complétement les rapports qui existaient entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires; jusque-là ceux-ci poursuivaient leur droit sur les biens hypothéqués; même après le délaissement, ils continuaient la procédure en expropriation sur les immeubles délaissés; donc ils étaient tenus de renouveler leur inscription. Mais, en reprenant l'immeuble, le tiers détenteur s'oblige de payer toute la dette (art. 101; code civil, art. 2173); il devient donc débiteur personnel; à ce titre, il peut être poursuivi par les créanciers inscrits au moment où il fait la reprise, quand même les créanciers ne renouvelleraient pas leur inscription; car ils n'agissent pas contre lui en qualité de créanciers hypothécaires; ils cessent, au contraire, leur poursuite sur l'immeuble, pour s'en tenir à l'engagement personnel contracté par celui qui, jusque-là, n'était tenu que comme tiers détenteur et qui maintenant est tenu, en vertu de l'obligation qu'il a contractée, de payer toute la dette; or, la poursuite de la dette personnelle n'a rien de commun avec l'inscription hypothécaire (1). Il importe d'ajouter,

(1) Rejet, 24 février 1830 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1685, 3°). Martou, t. III, p. 230, n° 1164.

comme nous l'avons déjà dit, que les créanciers sont seulement dispensés de renouveler leur inscription pour ce qui concerne leur action contre le tiers acquéreur qui a fait la reprise de l'immeuble; ils ont intérêt à conserver leur droit sur l'immeuble, au cas où le tiers devenu débiteur ne satisferait pas à ses engagements et aliénerait les biens; et, pour le conserver, ils doivent renouveler leur inscription.

140. La purge que fait l'acquéreur donne lieu à de nouvelles difficultés. Celui qui veut purger doit offrir aux créanciers inscrits d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix (art. 113; code civil, art. 2184). Sur cette notification, tout créancier inscrit peut, dans les quarante jours, requérir la mise de l'immeuble aux enchères; à défaut par les créanciers d'avoir usé de cette faculté, la valeur de l'immeuble demeure fixée au prix offert par l'acquéreur. Quelle est l'influence de cette procédure sur le droit des créanciers? Il est certain que les créanciers acquièrent un droit au prix, dans le cas où ils ne surenchérissent point; mais il y a controverse sur le point de savoir si ce droit leur est acquis à partir des notifications faites par le tiers acquéreur, ou s'il n'existe qu'après l'expiration des quarante jours pendant lesquels le droit d'enchère peut être exercé. La commission spéciale s'est prononcée pour cette dernière interprétation; c'est la bonne, à notre avis. L'acheteur qui devient propriétaire par suite d'une vente volontaire n'est pas débiteur du prix envers les créanciers, alors même que l'immeuble est grevé d'inscriptions au delà de sa valeur et qu'il se propose de purger. Devient-il débiteur en offrant son prix aux créanciers inscrits? Non, l'offre seule n'entraîne aucune obligation tant qu'elle n'a pas été acceptée; jusque-là c'est une simple pollicitation, qui n'oblige pas l'acquéreur, il ne peut être lié que par une convention intervenue entre lui et les créanciers, et toute convention exige un concours de volontés. Il ne saurait y avoir de débiteur là où il n'y a pas de stipulant; or, l'offre seule est étrangère aux créanciers inscrits : ils ne stipulent rien et n'acceptent pas. Après que l'acquéreur leur a notifié ses offres, ils sont libres de les accepter ou de les refuser; ils

les refusent en demandant que l'immeuble soit mis aux enchères; ils les acceptent tacitement en ne demandant pas la mise aux enchères; le contrat, par cette acceptation tacite, ne se forme qu'à l'expiration des quarante jours pendant lesquels les créanciers peuvent user de la faculté que la loi leur donne. Il peut se former plus tôt par la déclaration expresse que feraient les créanciers. Dès que le concours de consentement existe, il y a une convention en vertu de laquelle les créanciers ont droit au prix; ce qui décide la question du renouvellement de l'inscription. Les créanciers ne sont plus tenus de renouveler l'inscription, puisque le droit hypothécaire est réalisé, en ce sens qu'ils ont un droit acquis sur le prix en vertu d'un contrat (1). Nous disons qu'il y a un contrat; les auteurs dont nous suivons l'opinion disent qu'il se forme un quasi-contrat entre les tiers acquéreurs et les créanciers inscrits. Cela n'est pas exact : le quasi-contrat implique un engagement qui se forme, sans concours de volontés, par un *fait* (art. 1370); or, quand le tiers acquéreur offre son prix, il manifeste sa volonté, et les créanciers qui acceptent son offre manifestent également une volonté, qu'elle soit tacite ou expresse, peu importe; ce concours de volontés constitue un contrat, et c'est parce qu'il y a contrat que les créanciers inscrits acquièrent un droit sur le prix et sont dispensés de renouveler l'inscription.

Il y a une autre opinion dans laquelle on admet que le droit des créanciers sur le prix existe dès le moment où l'acquéreur a fait aux créanciers inscrits les notifications prescrites par la loi. On suppose que l'offre est faite sous la condition de l'acceptation; la condition, s'accomplissant, rétroagit au jour des offres. Cette opinion, plus généralement suivie, surtout par la jurisprudence, est en opposition avec les principes les plus élémentaires. Dire que l'acceptation de l'offre rétroagit, c'est confondre la simple pollicitation avec l'obligation conditionnelle. Si la condition rétroagit dans les contrats, c'est que les deux parties ont

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 55). Martou, t. III, p 230, n° 1165. Troplong, t. III, n° 723. Pont, t. II, p. 437, n° 1060.

traité sous cette condition; c'est en vertu de leur volonté que le contrat existe dès le moment où elles l'ont formé, dans le cas où la condition vient à s'accomplir. Or, quand le tiers acquéreur fait l'offre de son prix, il n'y a pas encore de contrat, pas plus conditionnel que pur et simple, car le contrat conditionnel exige aussi un concours de consentement; il ne peut donc être question de rétroactivité. La vérité est que l'offre de l'acquéreur est une pollicitation et qu'elle ne devient obligatoire pour celui qui l'a faite et pour les créanciers qu'après que ceux-ci l'ont acceptée, soit expressément, soit tacitement (1).

141. Quand on dit que les créanciers ont un droit acquis sur le prix après les quarante jours à compter de l'offre qui leur est faite par l'acquéreur, cela veut dire qu'ils n'ont plus besoin de renouveler leur inscription pour conserver leur droit de préférence sur le prix, le droit est réalisé. Mais les créanciers ont toujours intérêt au renouvellement de leur inscription pour l'exercice éventuel du droit de suite. L'acquéreur qui a purgé peut revendre l'immeuble quitte et libre de toutes charges non inscrites; et s'il ne remplit pas l'engagement qu'il a contracté envers les créanciers, ceux-ci n'auront plus qu'une action personnelle contre lui; action inutile, s'il est insolvable. En vue de ce danger qui les menace, les créanciers agiront prudemment en renouvelant leur inscription et en conservant ainsi le droit de suite contre un sous-acquéreur (2).

142. Si un créancier inscrit a requis la mise de l'immeuble aux enchères dans le délai de quarante jours, l'offre faite par l'acquéreur de payer son prix tombe, puisqu'elle n'est point acceptée. Il l'avait faite pour conserver l'immeuble; par suite de la mise aux enchères, il ne le conserve pas, puisque l'immeuble va être revendu dans les formes prescrites pour l'expropriation forcée. Le contrat entre

(1) Voyez les auteurs et les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 379, note 23, § 280. Troplong réfute très-bien cette opinion (t. III, n° 724). Aubry et Rau ont proposé une troisième opinion que nous croyons inutile de discuter, les principes étant certains.

(2) Martou, t. III, p. 232, n° 1166. Aubry et Rau, t. III, p. 380, notes 25 et 26, § 280, et les autorités qu'ils citent. Rejet, 31 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 117).

l'acquéreur et les créanciers ne s'étant pas formé, ceux-ci ne peuvent plus prétendre qu'ils ont un droit acquis sur le prix qu'ils ont refusé. A vrai dire, la procédure de la purge cesse pour faire place à la procédure de l'expropriation; on rentre donc dans l'hypothèse de la vente forcée, et, par conséquent, il faut appliquer ce que nous avons dit de l'adjudication. Le droit des créanciers hypothécaires ne se réalisera que par l'adjudication de l'immeuble; ils doivent donc avoir soin de renouveler leur inscription jusqu'à ce que l'adjudication soit prononcée. Nous renvoyons à ce qui a été dit de la vente forcée (n° 131).

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire. Il a été jugé que la surenchère ne fait que substituer un nouvel acquéreur au premier, et assure, par conséquent, les droits des créanciers en augmentant le montant du prix à distribuer entre eux. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation(1). Il nous semble qu'il y a une confusion d'idées dans cette doctrine. Sans doute la mise aux enchères a pour effet d'augmenter le prix à distribuer, et la faculté de la requérir assure le droit des créanciers, mais à une condition, c'est qu'ils l'aient conservé; il faut donc qu'ils aient renouvelé leur inscription. Cela n'est pas douteux, si l'on s'en tient au principe qui est admis par la jurisprudence et par la doctrine (n° 128). Les créanciers acquièrent-ils un droit au prix par le seul fait de l'offre que leur fait l'acquéreur? Non, ils doivent accepter l'offre (n° 141); or, loin de l'accepter, ils la rejettent; ils ne veulent pas de la purge qu'on leur propose, ils recourent à l'expropriation. Mais exproprier l'acquéreur, c'est exercer le droit de suite, et pour exercer le droit de suite, les créanciers doivent être inscrits; partant, ils doivent conserver leur inscription en la renouvelant. La jurisprudence confond la mise aux enchères, en cas de purge, avec la folle enchère en cas d'expropriation. Celle-ci ne fait que confirmer les droits que les créanciers tiennent de l'adjudication première (n° 132); tandis que la mise aux enchères de l'immeuble en cas de purge ne peut pas confirmer les

(1) Rejet, 30 mars 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1686, 1°, et les autres arrêts qui y sont cités).

droits des créanciers sur le prix, puisqu'ils n'avaient pas de droit acquis sur le prix ; l'acquéreur le leur avait offert, et ils l'ont refusé : peuvent-ils réclamer comme un droit une offre dont ils ne veulent pas? L'opinion que nous soutenons, très-bien défendue par Troplong, a été admise par la commission spéciale et par les interprètes de notre loi hypothécaire (1).

143. L'acquéreur peut se porter adjudicataire lorsque l'immeuble est remis en adjudication publique. En faut-il conclure que les créanciers qui n'ont pas renouvelé leur inscription peuvent se prévaloir de l'offre que l'acquéreur leur a faite, et qui se trouve réalisée par suite de l'adjudication? Non, ce serait encore confondre la mise aux enchères avec la folle enchère. Il n'est pas exact de dire qu'en se portant adjudicataire, l'acquéreur réalise son offre; il ne peut plus être question d'offre, puisque les créanciers l'ont rejetée. Ce n'est pas le prix offert que l'acquéreur, devenu adjudicataire, paye aux créanciers, c'est le prix de l'adjudication; il le leur paye, non en vertu de la vente volontaire suivie de la purge, il le paye comme adjudicataire. Donc ce sont les principes qui régissent l'expropriation qu'il faut appliquer, et non les principes qui régissent la purge; or, l'adjudicataire paye son prix aux créanciers inscrits, car il le paye comme conséquence de l'action hypothécaire. La loi dit (art. 115, code civil, art. 2185) que la mise aux enchères peut être requise par les créanciers inscrits; c'est donc en vertu de leur droit hypothécaire qu'ils agissent, et le droit hypothécaire ne peut être exercé qu'à condition de le conserver en renouvelant l'inscription jusqu'à ce qu'il soit réalisé; et, dans l'espèce, il n'est réalisé que par l'adjudication de l'immeuble mis aux enchères (2).

144. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. C'est l'un des créanciers hypothécaires, le premier inscrit, qui a acheté l'immeuble. Débiteur du prix envers le vendeur, il est en même temps son créancier; sa

(1) Troplong, t. III, nº 726. Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 55). Martou, t. III, p. 232, nº 1167. En sens contraire, Aubry et Rau), t. III, p. 380, note 24, § 280.

(2) Martou, t. III, p. 234, nº 1167.

dette s'éteint par compensation, de même que sa créance : doit-il néanmoins renouveler son inscription? Au premier abord, on serait tenté de croire qu'il ne peut plus être question d'hypothèque ni d'inscription. L'acquéreur n'est plus créancier, il a payé sa dette avec sa créance; donc son droit hypothécaire est complétement réalisé, il a plus qu'un droit au prix, il est payé par voie de compensation : à quoi bon dès lors renouveler l'inscription hypothécaire? On dit encore, en faveur du créancier devenu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, qu'il est dans l'impossibilité légale de renouveler son inscription : peut-on avoir une hypothèque et prendre une inscription sur ses propres biens? Ces arguments sont très-spécieux; néanmoins la jurisprudence constante de la cour de cassation s'est prononcée contre le créancier qui, après avoir acheté l'immeuble, laisse périmer son inscription. Il faut d'abord écarter la compensation, elle concerne exclusivement les rapports du créancier et du débiteur, et elle ne change pas de nature lorsque le créancier stipule, comme cela se fait d'ordinaire, que sa créance se compensera avec le prix. La compensation qui se fait entre les parties ne porte aucune atteinte aux droits des autres créanciers inscrits après l'acquéreur. Si celui-ci ne purge pas, il est soumis à l'action hypothécaire des créanciers. Sur cette action, un ordre s'ouvre; pour que l'acquéreur puisse s'y présenter comme créancier hypothécaire, il faut qu'il soit inscrit et qu'il ait renouvelé son inscription. Vainement dirait-il qu'il ne pouvait prendre inscription sur lui-même; la cour de cassation répond qu'il réunit deux qualités qui, à l'égard des tiers, ne se confondent pas, celle de créancier et celle d'acquéreur; comme créancier, il doit renouveler son inscription s'il veut se prévaloir de son droit hypothécaire; si l'inscription est périmée, il cesse d'être créancier hypothécaire et il reste assujetti, comme détenteur d'un immeuble hypothéqué, à l'action des créanciers inscrits. Vainement encore opposerait-il aux créanciers que son droit hypothécaire s'est réalisé par la compensation; il ne peut pas opposer la compensation aux créanciers; à leur égard, le droit hypothécaire ne se réalise que par voie d'ordre, soit sur adjudication, soit comme

conséquence de la purge; tant qu'il n'y a pas eu de règlement d'ordre entre les créanciers, le droit d'aucun d'eux n'est réalisé ; donc tous doivent le conserver, le créancier acquéreur de l'immeuble, aussi bien que les autres (1).

III. *Faillite.*

145. On a soutenu et il a été jugé que l'état de faillite dispensait les créanciers du failli de renouveler leurs inscriptions. Cette doctrine n'a pas trouvé faveur; elle confond le dessaisissement, qui est la conséquence de la déclaration de faillite, et la conservation des droits appartenant aux créanciers. Le jugement déclaratif de faillite dessaisit le failli et fixe la situation des créanciers. A partir de ce moment, aucun créancier ne peut plus acquérir un droit de préférence sur les biens de la masse; la loi ne permet pas même aux créanciers hypothécaires qui auraient négligé de s'inscrire de prendre inscription sur les biens du failli. Mais cela n'a rien de commun avec la conservation du droit hypothécaire des créanciers inscrits avant la déclaration de faillite. Si l'on s'en était tenu au principe qui gouverne la matière (n° 128), il n'y aurait jamais eu de doute sur ce point. Le créancier doit renouveler son inscription tant que son hypothèque n'est pas réalisée par le droit qu'il acquiert sur le prix. Est-ce que la faillite donne aux créanciers hypothécaires un droit sur le prix? La question n'a point de sens; il ne peut pas y avoir de droit sur le prix tant qu'il n'y a point de vente; donc, malgré la faillite, les créanciers doivent renouveler leurs inscriptions jusqu'à la vente de l'immeuble hypothéqué et la fixation définitive du prix. Nous croyons inutile d'insister, la doctrine et la jurisprudence s'étant prononcées en ce sens (2).

146. A plus forte raison en est-il ainsi quand une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle

(1) Rejet, 5 février et 1er mai 1828 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1692, et les autres arrêts qui y sont rapportés). Troplong, t. III, p. 726 *bis*. Martou, t. III, p. 234, n° 1169.

(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 375, note 13, § 280; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Priviléges*, nos 1670 et 1671. Il faut ajouter Bruxelles, 11 août 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 124).

est vacante. L'acceptation bénéficiaire et la vacance d'une hérédité ne donnent aucun droit aux créanciers hypothécaires sur le prix de l'immeuble, leur droit ne se réalise que lors de la vente; jusque-là ils doivent renouveler leur inscription. Il n'y a aucun doute sur ce point (1).

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS.

SECTION I. — De la radiation.

§ Ier. *Notions générales.*

147. La radiation consiste dans l'annotation que le conservateur fait en marge de l'inscription prise sur ses registres que cette inscription est radiée ou rayée en vertu de la mainlevée consentie par le créancier ou en vertu d'un jugement qui ordonne la radiation. Ainsi l'inscription n'est pas effacée ou bâtonnée; les registres doivent toujours rester intacts. Il se peut que l'inscription rayée soit rétablie; elle doit donc être maintenue, sauf au conservateur à marquer qu'elle est rayée, ou qu'elle est rétablie après avoir été radiée.

148. On conçoit l'intérêt qu'a le propriétaire de l'immeuble à ce que les inscriptions qui le grèvent soient radiées. L'inscription est la manifestation de la charge hypothécaire qui démembre la propriété et diminue le crédit du propriétaire; les immeubles grevés d'inscriptions se vendent difficilement et ils ne donnent aucun crédit au possesseur, à moins que la valeur du bien ne dépasse le montant des charges. Quand il y a plusieurs créanciers inscrits, celui qui est primé par des inscriptions antérieures

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 275, note 13, § 280, et les autorités qu'ils citent. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1671. Il faut ajouter Liége, 9 mars 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 56).

est intéressé à les voir disparaître, puisque, en acquérant un rang plus favorable, sa créance sera d'autant plus avantageuse et se vendra plus facilement. Il peut encore y avoir un autre intérêt à ce que les inscriptions soient radiées ; nous y reviendrons.

149. Reste à savoir comment les parties intéressées peuvent obtenir la radiation de l'inscription qu'ils voudraient effacer. Aux termes de l'article 92 (code civil, art. 2157), les inscriptions sont rayées ou du consentement des parties, ou en vertu d'un jugement. La radiation est donc volontaire ou forcée. Régulièrement l'inscription doit subsister aussi longtemps que le privilége ou l'hypothèque subsistent, puisque l'inscription n'est que la manifestation du droit hypothécaire et la condition de son efficacité. On ne conçoit donc pas que le créancier consente à ce que l'inscription soit radiée avant qu'elle ait produit son effet, c'est-à-dire avant qu'il ait acquis un droit sur le prix de l'immeuble, ou qu'il ait reçu son payement. Toutefois le créancier peut consentir à la radiation sans que l'hypothèque ait produit son effet. C'est un service qu'il rend au débiteur ; il faut voir quel en est l'objet. Celui qui fait remise de la dette au débiteur renonce implicitement à l'hypothèque et consent à la radiation de l'inscription ; c'est une libéralité qui a pour cause les sentiments qui inspirent toute donation. Le créancier peut encore renoncer à son hypothèque sans faire remise de la dette ; la renonciation à l'hypothèque entraîne également la radiation de l'inscription, puisqu'il ne peut pas y avoir d'inscription sans hypothèque. Cette renonciation est aussi une libéralité, si elle a lieu à titre gratuit ; en effet, par suite de l'extinction de l'hypothèque, la propriété du débiteur cesse d'être démembrée ; il acquiert donc un droit à titre gratuit. Enfin le créancier peut consentir à la radiation de l'inscription tout en ne faisant remise ni de la dette ni de l'hypothèque ; il conserve, dans ce cas, son droit hypothécaire, seulement il ne peut plus le faire valoir contre les tiers jusqu'à ce qu'il ait pris une nouvelle inscription. Quel est, dans ce cas, le but de la radiation que le créancier consent ? Il faut voir ce qui se passe entre les parties. Si le créancier con-

sent à la radiation pour faciliter la vente de l'immeuble hypothéqué, il pourra prendre une inscription nouvelle après que l'acheteur aura transcrit; cette inscription ne peut être opposée au tiers acquéreur, mais elle aurait effet à l'égard d'un créancier hypothécaire inscrit après lui : c'est une renonciation au droit de suite, ce n'est pas une renonciation au droit de préférence. Si le créancier consent à la radiation en faveur d'un autre créancier hypothécaire, l'objet de la radiation est uniquement de lui céder son rang; il conserve son hypothèque, il peut prendre une inscription nouvelle, mais il sera primé par le créancier qui aura pris inscription après la radiation.

Il ne faut donc pas confondre le consentement à la radiation avec la remise de l'hypothèque : dans le premier cas, l'hypothèque subsiste, tandis que, dans le second cas, elle est éteinte. On dit que le créancier qui consent à la radiation sans faire de réserve est censé faire remise de l'hypothèque (1). Cela n'est pas exact. Autre chose est l'hypothèque, autre chose est l'inscription; l'hypothèque existe, elle est valable, elle produit même des effets entre les parties, indépendamment de l'inscription; celle-ci n'a pour objet que d'assurer au créancier son droit de préférence et son droit de suite; il renonce à ces droits en consentant à la radiation, mais il ne renonce pas à son hypothèque. La signification restreinte que nous donnons au consentement du créancier est en harmonie avec les principes qui régissent les renonciations; elles sont de stricte interprétation et ne se présument jamais. Or, c'est présumer la renonciation que d'induire du consentement que le créancier donne à la radiation sa volonté de renoncer à l'hypothèque.

150. La radiation forcée se fait toujours quand l'inscription n'a plus de raison d'être, d'après la loi; ce qui suppose que l'hypothèque n'a jamais existé légalement ou qu'elle est éteinte. On ne peut pas dire néanmoins que la radiation prononcée par jugement a pour effet d'éteindre l'hypothèque; le juge, en l'ordonnant, déclare seulement

(1) Duranton, t. XX, p. 288, nos 183 et 184.

qu'il n'y a jamais eu d'hypothèque, ou qu'elle a cessé d'exister.

151. Toute inscription hypothécaire peut être radiée. Les règles que la loi établit sur la radiation ne s'appliquent cependant pas à toute espèce d'hypothèques. Celles que la loi établit en faveur des mineurs, des interdits et des femmes mariées sont régies par des principes spéciaux en ce qui concerne la radiation volontaire. La loi permet au tuteur et, dans certains cas, au mari de demander la réduction des inscriptions prises sur leurs biens; elle ne parle pas de la radiation; la question de savoir si des inscriptions prises en faveur des mineurs et de la femme mariée peuvent être radiées pendant la tutelle ou le mariage est controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit sur les hypothèques légales. Quand le mineur est devenu majeur et que le mariage est dissous par la mort ou le divorce, la femme recouvre la plénitude de sa capacité juridique et le mineur acquiert l'exercice de ses droits civils; ils rentrent alors dans le droit commun, sauf, comme nous le dirons plus loin, la garantie spéciale que la loi donne au mineur tant que le tuteur n'a pas rendu son compte.

Ce que nous disons de l'hypothèque de la femme reçoit une exception. La loi permet à la femme de renoncer indirectement aux inscriptions prises sur les biens du mari, en s'obligeant, dans l'intérêt de celui-ci, à l'égard d'un tiers acquéreur ou d'un tiers créancier hypothécaire. Nous renvoyons à ce qui sera dit sur l'article 71. Il va sans dire que, dans ce cas, on ne doit pas observer les formalités spéciales que la loi prescrit quand c'est le mari qui demande la réduction, ou s'il y a lieu, la radiation des inscriptions prises par la femme ou en son nom (1).

152. Il y a aussi quelque chose de spécial en ce qui concerne l'inscription d'office que le conservateur doit prendre pour les priviléges qui se conservent par la transcription. La loi ne permet pas au créancier privilégié de renoncer à ce supplément de publicité, qui n'est pas introduit

(1) Comparez Cassation, 12 février 1811 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 2687). Metz, 13 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 243).

en sa faveur; s'il dispense le conservateur de prendre l'inscription d'office, la loi le déclare déchu de son privilége, lequel se transforme en hypothèque (art. 86). Il suit de là que renoncer à l'inscription d'office, c'est renoncer au privilége. Le créancier, pourvu qu'il soit capable de renoncer à son privilége, peut consentir à la radiation de l'inscription d'office, mais ce consentement emportera renonciation à son privilége, et le forcera à prendre une inscription pour conserver son hypothèque. On objecte que c'est présumer une renonciation, ou du moins prononcer une déchéance sans texte (1). Non, c'est interpréter le consentement donné par le créancier à la radiation de l'inscription, et on ne peut l'interpréter d'une autre manière; car, à la différence de l'inscription ordinaire qui donne rang au créancier, l'inscription d'office ne lui donne pas rang, puisque c'est la transcription qui conserve le privilége du créancier; on ne peut donc pas dire qu'en consentant à la radiation le créancier renonce seulement à son rang. L'incription d'office n'est pas prescrite dans l'intérêt du créancier, elle est requise dans l'intérêt des tiers; il faut en conclure ou qu'il ne peut pas l'effacer, ou qu'il ne le peut qu'en renonçant à son privilége.

§ II. *De la radiation volontaire.*

N° 1. CONDITIONS.

153. « Les inscriptions sont rayées du *consentement* des *parties intéressées* et ayant *capacité* à cet effet » (art. 92; code civil, art 2157). Il faut le consentement, parce que la radiation volontaire est un acte de volonté, donc de consentement. Qui doit consentir? La loi dit *les parties intéressées*. Cela veut-il dire que le créancier et le débiteur doivent consentir, le débiteur étant intéressé à obtenir la radiation, et le créancier ayant intérêt à ne pas l'accorder? Non; la radiation n'exige pas, pour sa validité, qu'une convention intervienne entre le débiteur et le

(1) Martou, t. III, p. 276, n° 1218. Comparez, sur le droit français, Aubry et Rau, t. III, p. 390, note 18, § 280.

créancier, c'est un acte unilatéral; de même que l'inscription se fait par la volonté seule du créancier, de même la radiation se fait par sa seule volonté (1). Le texte est rédigé en ce sens. Aux termes de l'article 93 (code civil, art. 2158), ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement; il suffit donc d'une simple déclaration de consentement pour que le conservateur doive opérer la radiation. Autre est la question de savoir quelle est la nature du fait juridique qui s'est passé entre le créancier et le débiteur. Ce sera une convention à titre onéreux ou à titre gratuit, si la radiation a été accordée par suite d'un concours de volonté. En fait, il en sera toujours ainsi si la radiation est consentie avant que la créance soit éteinte; car un créancier n'ira pas prendre l'initiative d'une radiation qui lui enlève au moins son rang de priorité. Si la créance est éteinte, il n'y a plus lieu à une convention, puisque le créancier est obligé de consentir à la radiation; dans ce cas, son consentement est un acte unilatéral à tous égards. La convention qui intervient entre le créancier et le débiteur est étrangère aux tiers; à leur égard, il suffit de l'acte unilatéral par lequel le créancier déclare consentir à la radiation. Nous dirons plus loin quel est l'effet de la radiation, et si le créancier peut révoquer son consentement.

154. La loi dit que la radiation doit être consentie par les *parties intéressées*. Qui est partie intéressée en cette matière? C'est celle dans l'intérêt de laquelle l'inscription a été prise, ou ses ayants cause, héritiers et cessionnaires. Il n'y a que celui qui a un droit qui puisse y renoncer. Lorsque le créancier originaire qui figure dans l'inscription a transmis son droit, ses successeurs doivent justifier de leur qualité. La loi le dit du cessionnaire, et elle exige qu'il justifie de sa qualité par un acte authentique de cession, pour couvrir la responsabilité du conservateur. C'est un acte très-grave que la radiation, puisqu'elle fait perdre

(1) Cassation, 4 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2722, 2°). Bruxelles, 16 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81). Martou, t. III, p. 275, n° 1213.

au créancier son rang, et en perdant son rang il perd le plus souvent la garantie hypothécaire. Si une personne n'ayant pas qualité requiert une radiation, le conservateur doit la refuser, sous peine d'être responsable du préjudice qui en résulte pour le créancier, comme nous le dirons au chapitre qui traite de la responsabilité du conservateur. La loi ne dit point comment les héritiers ou autres successeurs universels ou à titre particulier justifieront de leur qualité. Si l'acte de consentement ne contient pas la justification de la qualité de celui qui consent à la radiation, le conservateur a le droit d'exiger que le requérant lui fournisse la preuve que la radiation a été consentie par un ayant droit. Le principe est incontestable; nous reviendrons plus loin sur les difficultés qu'il présente dans l'application. Il a été jugé, et cela est d'évidence, que le consentement donné par quelques héritiers qui se portent fort pour les autres ne lie pas ceux-ci; personne ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas. Le conservateur avait cru pouvoir opérer la radiation en vertu de cet acte incomplet, mais l'acquéreur refusa de payer son prix, tant que le consentement de tous les héritiers à la radiation ne lui serait pas rapporté; et la cour de Bourges accueillit cette prétention parfaitement légitime (1).

155. Toute partie intéressée ne peut pas consentir une radiation; il faut, dit l'article 92 (code civil, art. 2157), qu'elle ait capacité à cet effet. La loi ne dit pas quelle est la capacité requise. Il faut distinguer quelle est la nature de l'acte en vertu duquel la radiation se fait et quel en est l'objet. D'ordinaire la radiation est consentie après que la dette est payée; dans ce cas, la radiation est forcée plutôt que volontaire, en ce sens que le créancier qui a reçu le payement peut être contraint à rayer l'inscription, puisque le payement éteint la dette et, par suite, l'hypothèque qui la garantit; dès lors l'inscription n'a plus de cause légale, elle doit disparaître sur la demande de tous ceux qui y ont intérêt. Dans cette première hypothèse, la capacité dont parle l'article 92 (code civil, art. 2157) est requise

(1) Bourges, 25 mai 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2709, 1°).

pour la validité du payement, mais il n'y a point de capacité spéciale exigée pour consentir à la radiation. Celui qui y consent ne fait pas un acte de disposition, il ne doit donc pas avoir la capacité d'aliéner; il ne s'oblige pas non plus en consentant à la radiation, donc il ne doit pas avoir la capacité de s'obliger; en définitive, il ne doit avoir aucune capacité, puisqu'il fait un acte qui est la conséquence forcée du payement, et nous supposons le payement valable (1).

156. Il n'en est pas de même si la radiation est consentie avant que la dette soit éteinte. Dans ce cas, il faut voir quel est l'objet et l'effet de la radiation. Si elle se fait en vertu d'une remise de la dette à titre gratuit, il y a libéralité et, par conséquent, le créancier doit avoir la capacité de donner; il faut ajouter que le débiteur au profit duquel le créancier renonce à sa créance doit être capable de recevoir à titre gratuit. Ce n'est pas là l'hypothèse prévue par l'article 92 (code civil, art. 2157); il suppose que la radiation a pour unique objet d'effacer l'inscription, de sorte que, en principe, l'hypothèque elle-même subsiste; le créancier, en consentant à la radiation, renonce à son droit de préférence et à son droit de suite. Quelle est la capacité requise à cet effet? On dit que le créancier qui consent à radier l'inscription dispose indirectement de la créance; cela est trop absolu, il reste créancier, il conserve même l'hypothèque, il peut encore prendre une nouvelle inscription, sauf les restrictions qui résultent du droit commun; il ne fait donc aucune aliénation. Mais il risque de perdre sa créance en renonçant aux avantages que lui procurait son inscription, il perd son droit de préférence, et il sera primé par le créancier qui aura pris inscription après que la radiation de sa propre inscription a été faite. Celui qui renonce aux garanties qui lui assurent son payement dispose indirectement de sa créance.

On dit d'ordinaire que la radiation consentie par le créancier implique encore une disposition du droit hypothécaire et, par conséquent, une aliénation d'un droit réel immobi-

(1) Duranton, t. XX, p. 291, n° 183. Pont, t. II, p. 447, n° 1077.

lier (1). Cela est aussi trop absolu. Si, en consentant à la radiation, l'intention du créancier est de renoncer à l'hypothèque, la conséquence est évidente; pour consentir une pareille radiation, il faut avoir la capacité d'aliéner un droit immobilier. Mais si le créancier entend maintenir son hypothèque et renoncer seulement à son droit de suite ou à son droit de préférence, on ne peut pas dire qu'il aliène un droit immobilier, car il conserve son hypothèque; il risque seulement d'avoir une hypothèque inefficace; en ce sens il compromet le recouvrement de sa créance. Quelle capacité faut-il pour renoncer au droit de préférence et au droit de suite? Le créancier risquant de perdre sa créance, il en dispose indirectement; il doit donc avoir la capacité d'aliéner ses droits mobiliers (2).

Notre solution est encore incomplète. Il faut voir à quel titre le créancier dispose du droit mobilier, si c'est à titre onéreux ou à titre gratuit. Si c'est à titre gratuit, il doit avoir la capacité de donner, puisqu'il fait une libéralité; il faut ajouter que le débiteur doit être capable de recevoir au même titre, car toute libéralité est une convention. Si, au contraire, le créancier a consenti à la radiation à titre onéreux, il suffit qu'il ait la capacité de disposer à ce titre de droits mobiliers.

I. *Qui peut consentir la radiation après le payement de la dette?*

157. La loi déclare certaines personnes incapables de contracter (art. 1124). En résulte-t-il que par cela même elles sont incapables de consentir la radiation d'une inscription hypothécaire, après que la dette a été valablement éteinte? Non, car en consentant à la radiation, dans ces circonstances, elles ne contractent pas, elles ne s'obligent pas. Nous ne parlons pas des mineurs non émancipés et des interdits, ils sont représentés par leurs tuteurs; nous dirons plus loin si ceux-ci ont la capacité que la loi exige pour consentir à la radiation. Si un mineur ou un

(1) Pont, t. II, p. 446, nº 1075. Martou, t. III, p. 248, nº 1188.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 388 et suiv., note 11, § 281.

interdit consentait la radiation, on appliquerait les principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations;* l'acte n'étant soumis à aucune formalité serait seulement rescindable pour cause de lésion (art. 1311), et l'on ne voit pas que les incapables puissent être lésés par un acte qu'ils seraient forcés de faire, à défaut d'un consentement volontaire.

158. Quant aux mineurs émancipés, il faut distinguer. Ils ont une certaine capacité; la loi leur permet de recevoir leurs revenus et d'en donner décharge; par conséquent ils pourraient consentir la radiation de l'hypothèque si la dette était éteinte par le payement qu'ils reçoivent. Un de nos bons auteurs pose, à ce sujet, le principe suivant : Qui peut donner quittance du payement, peut généralement donner décharge de l'hypothèque (1). Cela n'est pas exact; il ne s'agit pas de donner décharge de l'hypothèque, elle est éteinte par l'effet de l'extinction de la dette, et si elle ne l'était pas, le mineur n'aurait pas la capacité de donner décharge, puisque ce serait renoncer à un droit réel immobilier; or, le mineur émancipé ne peut aliéner ses immeubles (art. 484). Autre chose est de consentir à la radiation de l'inscription hypothécaire; c'est la conséquence forcée du payement; celui-ci étant valable, la radiation l'est aussi.

Le mineur émancipé ne peut pas recevoir un capital ni en donner décharge sans l'assistance de son curateur (art. 482). Si donc, en recevant un capital, il consentait à la radiation, le tout serait nul. Mais s'il avait reçu un capital, assisté de son curateur, il pourrait ensuite, sans cette assistance, consentir la radiation de l'inscription hypothécaire; c'est la conséquence forcée du payement (2).

La capacité du mineur émancipé étant déterminée par la validité du payement, il s'ensuit que celui qui requiert la radiation doit prouver que le payement a été fait valablement (3). Nous reviendrons sur ce point en traitant des droits du conservateur.

(1) Duranton, t. XX, p. 291, n° 185.
(2) Duranton, t. XX, p. 291, n° 186. Pont, t. II, p. 447, n° 1077.
(3) Martou, t. III, p. 248, n° 1188.

159. Les femmes mariées sont, en général, incapables de tout fait juridique. Toutefois les conventions matrimoniales peuvent leur donner une certaine capacité. Ainsi la femme séparée de biens peut faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale; sa capacité est plus grande que celle du mineur émancipé; elle peut recevoir non-seulement ses revenus, mais aussi ses capitaux; et une fois la dette éteinte, l'hypothèque l'est aussi, d'où suit que la radiation est un acte forcé que la femme peut consentir. Elle pourrait même la consentir si elle n'avait point l'administration de ses biens; son incapacité n'est pas plus absolue que celle de l'interdit; or, tout incapable peut consentir un acte qu'il serait forcé de faire; si donc le mari recevait une créance propre à la femme, le payement étant valable, la radiation que la femme non autorisée consentirait le serait également. On peut assimiler cet acte à un acte conservatoire; la femme améliore sa position, puisqu'elle se met à l'abri d'une poursuite judiciaire dont elle devrait supporter les frais (1) (t. XXII, n° 296).

Ce que nous disons de la femme séparée de biens s'applique aussi à la femme dotale pour ses créances paraphernales, puisque les droits de la femme, quant à ses paraphernaux, sont ceux de la femme séparée de biens (2).

160. Les administrateurs des biens d'autrui peuvent et doivent consentir la radiation dès que la dette est éteinte. Ils ont pouvoir de recevoir les dettes, et une fois la dette éteinte, l'inscription doit disparaître; les administrateurs ont donc la capacité requise par la loi. Nous disons qu'ils doivent consentir la radiation; en effet, à défaut de radiation volontaire, le débiteur la demanderait en justice, ce qui occasionnerait des frais frustratoires (3).

161. Ce principe reçoit son application au tuteur. D'après le code civil, il avait un pouvoir absolu de recevoir ce qui est dû au mineur, et, par suite, il avait capa-

(1) Rouen, 13 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 4, 107). Liége, 11 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353). Martou, t. III, p. 249, n° 1189. Aubry et Rau, t. III, p. 387, note 4, § 281.

(2) Turin, 19 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2692, 1°).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 387, note 5, § 281.

cité de consentir à la radiation des inscriptions. Notre loi hypothécaire a limité son pouvoir en ce qui concerne le remboursement des créances non exigibles ou des créances qui n'échoient qu'après la majorité du pupille; il ne peut les recevoir qu'avec l'assistance du subrogé tuteur; s'il les recevait sans être assisté, le payement serait nul ainsi que la radiation qu'il aurait consentie (1). Mais si le payement avait été reçu avec l'assistance du subrogé tuteur, le tuteur pourrait, sans être assisté, consentir la radiation; il serait même de son devoir de le faire, afin d'éviter un procès.

162. Le mari, sous le régime de la communauté, a une double administration; il administre la communauté comme seigneur et maître, et il est administrateur des propres de la femme. Il a, à ce titre, le pouvoir de toucher les créances qui appartiennent à la communauté ou à la femme; ce qui lui donne le droit de consentir la radiation; comme administrateur légal des biens de la femme, il serait même responsable si, sur son refus de consentir, le débiteur le poursuivait en justice.

Le mari a encore l'administration des biens de la femme sous le régime d'exclusion de la communauté et sous le régime dotal, à l'exception des biens paraphernaux. Il faut donc appliquer à ces régimes le principe général qui donne à tout administrateur le droit de recevoir et de consentir la radiation, après que la dette est valablement éteinte. Il n'y a qu'un seul régime, celui de séparation de biens, sous lequel le mari n'a aucun droit de recevoir ce qui est dû à la femme, à moins qu'il ne gère les biens en vertu d'un mandat; on lui applique alors ce que nous disons plus loin du mandataire.

II. *Qui peut consentir la radiation quand la dette n'est pas payée?*

163. Nous avons dit que le consentement à la radiation, alors que la dette n'est pas payée, est un acte de disposition, ce qui implique, de la part du créancier, la capacité de disposer. Mais il faut préciser quel est l'objet de la

(1) Martou, t. III, p. 249, n° 1190.

disposition. Sur ce point, il y a quelque incertitude dans la doctrine. Martou pose en principe que c'est une aliénation d'un droit immobilier, puisque l'hypothèque est un droit réel immobilier (1). Cela est trop absolu; tout dépend de l'intention du créancier. S'il entend renoncer à l'hypothèque, il abdique, en effet, un droit immobilier; mais s'il renonce seulement au droit de préférence que lui donne l'inscription, il conserve son hypothèque et il a le droit de prendre une inscription nouvelle; on peut dire tout au plus que, dans ce cas, il dispose indirectement de la créance; il dispose donc, non d'un droit immobilier, mais d'un droit mobilier. Encore faut-il distinguer, comme nous l'avons dit (n° 156), si la renonciation est à titre onéreux ou à titre gratuit. La capacité varie donc d'après les circonstances (2).

164. Il va sans dire que les mineurs et les interdits sont incapables de consentir une radiation tant que la dette n'est pas payée; ils ne peuvent pas plus disposer de leurs droits mobiliers que de leurs droits immobiliers. Quant aux mineurs émancipés, leur capacité de disposer est sujette à controverse; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siége de la matière. Dans notre opinion, ils ne peuvent pas aliéner, ce qui conduit à la conséquence qu'ils n'ont pas la capacité exigée par la loi pour consentir la radiation d'une inscription.

Martou enseigne que le mineur émancipé peut consentir la radiation d'une inscription avec l'assistance de son curateur; il place, sous ce rapport, le mineur émancipé sur la même ligne que le prodigue ou le faible d'esprit (3). Celui-ci peut, en effet, aliéner avec l'assistance de son conseil. Mais la loi ne dit pas cela du mineur émancipé, elle dit tout le contraire; le mineur émancipé est assimilé au mineur non émancipé, dès qu'il s'agit d'actes autres que ceux de pure administration (art. 483). Cela est décisif; la radiation consentie avant le payement de la dette n'est certes pas un acte de pure administration, puisque les au-

(1) Martou, t. III, p. 248, n° 1188.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 388, § 281.
(3) Martou, t. III, p. 247, n° 1183.

teurs que nous combattons disent que c'est l'aliénation d'un droit réel immobilier; en cela ils sont inconséquents, car la loi ne donne pas au mineur émancipé le pouvoir d'aliéner un droit immobilier avec l'assistance de son curateur.

165. La loi contient une disposition spéciale en faveur des mineurs. Tout traité qui intervient entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul s'il n'a pas été précédé de la reddition du compte de tutelle (art. 472). La jurisprudence applique cette disposition à la mainlevée que donnerait le pupille de l'inscription prise sur les immeubles de son tuteur pour sûreté de ses droits (1). Nous avons dit ailleurs que cela est douteux (t. V, n° 159). A plus forte raison l'extension de l'article 472 au père administrateur légal est-elle douteuse; la cour de Bruxelles l'a cependant consacrée, mais dans une espèce très-défavorable au père, qui avait abusé de son autorité pour surprendre à ses enfants des renonciations à leur préjudice et à son avantage (2).

166. La femme mariée ne peut aliéner sans autorisation maritale; donc elle ne peut consentir une radiation sans y être autorisée. D'après l'article 217, la femme même séparée ne peut aliéner; toutefois l'article 1449 lui permet de disposer de son mobilier et de l'aliéner, avec la restriction qui résulte de l'article 905 en ce qui concerne les donations. C'est d'après cette distinction qu'il faut décider la question de savoir si la femme séparée peut consentir la radiation d'une inscription hypothécaire : à titre gratuit, elle est incapable, puisqu'elle ne peut pas donner : à titre onéreux, elle peut aliéner, donc aussi consentir une radiation (t. XXII, n° 296). Toutefois il y a sur l'étendue de son pouvoir d'aliénation une controverse sur laquelle il est inutile de nous arrêter ici, puisque nous avons examiné la question de principe au titre du *Contrat de mariage*.

Ce que nous disons de la séparation de biens s'applique aux droits paraphernaux sous le régime dotal. Quant aux

(1) Comparez Martou, t. III, p. 248, n° 1187.
(2) Bruxelles, 11 mai 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 370).

droits dotaux, la question de savoir si la femme dotale peut aliéner ses droits mobiliers est l'objet d'une vive controverse; nous renvoyons à ce qui a été dit sur le régime dotal. Dans notre opinion, la dot mobilière est aliénable; ce qui décide la question de la radiation; la femme peut consentir la radiation avec autorisation maritale; pour mieux dire, ce droit appartient au mari, puisqu'il est administrateur de la dot. Nous dirons plus loin ce qu'il peut faire à ce titre.

167. Les administrateurs des biens d'autrui peuvent-ils consentir la radiation d'une inscription tant que la dette n'est pas payée? Si l'on admet le principe tel que nous l'avons formulé (n° 156), la négative est certaine; elle est encore plus évidente dans l'opinion qui assimile la radiation à l'aliénation d'un droit réel immobilier. Nous ne comprenons pas que Tarrible ait enseigné le contraire (1); il serait même inutile de combattre cette erreur, si elle n'était reproduite dans un ouvrage élémentaire très-répandu; il faut donc y insister. Les administrateurs n'ont pas de droits, ils ont des obligations, et le premier de leurs devoirs est de gérer en bons pères de famille; ils n'ont donc pas le droit de faire des actes de disposition; ils ne peuvent pas plus aliéner les droits mobiliers que les droits immobiliers de ceux dont ils gèrent les biens. Cela décide la question de radiation. Ce qui a trompé Tarrible, c'est qu'il considère la radiation consentie par le tuteur comme un simple acte de mauvaise gestion, à raison duquel il est responsable, sans que le mineur en puisse demander la nullité. Cela serait vrai si la radiation était un acte d'administration. Mais si c'est un acte de disposition, il faut voir si la loi lui donne le droit de le faire. Or, le tuteur ne peut pas aliéner, dans notre opinion, pas même les droits mobiliers; en tout cas, il ne peut disposer des droits du mineur à titre gratuit; or, consentir une radiation sans équivalent, comme on le suppose, c'est abdiquer gratuitement une garantie appartenant au pupille.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Radiation des hypothèques*, n° II. En sens contraire, tous les auteurs, sauf Mourlon (Aubry et Rau, t. III, p. 389, note 11, § 281).

Mourlon a reproduit l'opinion de Tarrible, mais en la motivant mieux. Il pose en principe que toute personne capable de disposer de la créance garantie par l'hypothèque peut consentir la radiation de l'inscription. Or, la créance du mineur est d'ordinaire un droit mobilier, et, dans l'opinion commune, on reconnaît au tuteur le pouvoir d'aliéner les effets mobiliers du pupille (1). Cela est très-logique si l'on admet que le tuteur a ce pouvoir et s'il consent à la radiation, à titre onéreux. Mais le consentement à la radiation n'est pas une convention à titre onéreux, c'est une renonciation unilatérale aux effets de l'inscription, partant, sans engagement de la part du débiteur; donc une disposition gratuite d'un droit du pupille. Ce n'est pas là un acte qui entre dans les attributions du tuteur, c'est un acte nul. Ce que nous disons du tuteur s'applique à tous les administrateurs.

168. La jurisprudence décide que le tuteur ne peut pas consentir la radiation (2), mais on ne voit pas, par les arrêts qui sont à peine motivés, quelles conditions seraient requises pour la validité de la radiation. Un arrêt de la cour de Bourges exige un jugement : est-ce un jugement qui homologue la délibération du conseil de famille, comme en matière de vente immobilière? On ne le sait. La solution dépend du point de savoir s'il faut suivre, pour l'aliénation des droits mobiliers, les mêmes formes que pour l'aliénation des immeubles; nous avons examiné la difficulté au titre de la *Tutelle*. Il va de soi que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont requises quand le tuteur, en consentant la radiation, renonce à l'hypothèque. Il en serait de même s'il consentait la translation de l'hypothèque sur d'autres biens; en effet, cela implique la renonciation à l'hypothèque primitive, laquelle est éteinte et remplacée par une autre hypothèque; or, le tuteur n'a aucune qualité pour renoncer à un droit immobilier du mineur, quand même la nouvelle hypothèque serait plus avantageuse que la première; ce

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 648, nº 1596.
(2) Rejet, 22 juin 1818; Bourges, 8 février 1832 (Dalloz, au mot *Privi-léges*, nº 2682, 2º et 3º).

n'est pas une question d'intérêt, c'est une question de droit (1).

169. La radiation, en matière de créances pupillaires, donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. En autorisant la vente des biens de mineurs, les tribunaux usent du pouvoir que leur a reconnu l'arrêté royal du 12 septembre 1822 (art. 4) pour prescrire des garanties en faveur du pupille. Voici la clause usuelle insérée dans le cahier des charges : « La partie du prix revenant aux mineurs restera, jusqu'à leur majorité, affectée sur les immeubles vendus, ou sera, avec l'assistance du subrogé tuteur, placée, jusqu'à la même époque, sur toute autre bonne hypothèque ; sinon elle sera, à la diligence du subrogé tuteur, versée à la caisse des dépôts et consignations. » On suppose que l'acheteur paye sans que ces formalités aient été remplies : sera-t-il libéré valablement, et le tuteur peut-il consentir la radiation de l'inscription prise sur les biens du débiteur? La jurisprudence est divisée. Martou se prononce contre la validité d'une radiation consentie dans ces circonstances (2). A notre avis, il faut distinguer. Le tribunal peut faire de l'emploi du prix une condition de validité du payement, et même de la vente : l'acheteur, dans ce cas, sera lié par la clause du cahier des charges ; la conséquence sera, ou que la vente est nulle, ou que le payement est nul ; dans aucun cas, l'inscription ne peut être rayée, puisque le tuteur ne peut pas consentir la radiation tant que la dette subsiste. Mais le tribunal peut aussi prescrire l'emploi comme garantie du mineur contre le tuteur, sans en faire une condition obligatoire pour les tiers. Il est certain que l'emploi prescrit par notre loi hypothécaire dans les cas qu'elle prévoit (art. 55, 56, 57 et 61) ne concerne que les rapports du tuteur et du mineur, il est étranger aux tiers. Telle peut aussi être l'intention du tribunal quand il ordonne l'emploi ; et si telle

(1) Metz, 18 juin 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2683.

(2) Martou, t. III, p. 252, n° 1193, et les jugements qu'il cite. Il faut ajouter un jugement du tribunal de Bruxelles, du 31 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3. 124). En sens contraire, deux arrêts de la cour de Bruxelles, du 28 février 1844 et du 2 août 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 8, et *Belgique judiciaire*, t. II, p. 830).

est son intention, c'est la dépasser que d'annuler le payement et, par suite, la radiation pour inexécution de la clause d'emploi. L'emploi obligatoire pour les tiers est une clause exceptionnelle; les tiers n'ont pas mission de veiller aux intérêts du mineur; on ne peut donc les y obliger que si le jugement leur impose cette obligation. Ce qui confirme cette distinction, c'est qu'on l'admet aussi dans le cas où le contrat de mariage prescrit l'emploi au profit de la femme; l'emploi n'est obligatoire pour les tiers que lorsque le contrat l'exige comme condition de validité de la vente. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage*. Il y a même motif de décider en matière de tutelle.

170. Le mari peut-il, comme administrateur des biens de la femme, consentir la radiation des inscriptions avant que la dette soit éteinte? Sur ce point, il n'y a aucun doute; on applique le principe général qui régit le pouvoir des administrateurs : le mari doit conserver les droits de la femme, il ne peut donc pas y renoncer. Il y a plus : même dans le cas où le mari aurait reçu le payement, il ne peut pas consentir la radiation si le contrat de mariage porte que le mari doit faire emploi et s'il résulte de la clause que les tiers ne peuvent payer valablement que dans le cas où l'emploi aurait été fait conformément aux conventions matrimoniales. L'emploi est alors obligatoire pour les tiers, en ce sens que le payement ne sera pas valable si l'emploi n'a pas été fait; et si la dette n'est pas éteinte, le mari ne peut pas consentir la radiation. La conséquence est certaine si l'on admet le principe du remploi obligatoire pour les tiers; nous renvoyons à ce qui a été dit, à cet égard, au titre du *Contrat de mariage* (1).

Sous le régime dotal, la conservation de la dot est soumise à des règles plus sévères, parce que le but de ce régime est précisément de donner à la femme une garantie entière pour la restitution de ses biens dotaux. On admet que la clause d'emploi, en cas de remboursement des deniers dotaux, suffit pour que les tiers soient tenus de veiller

(1) Comparez, en sens contraire, Martou, t. III, p. 265, n° 1201, qui ne discute pas la question et se borne à renvoyer à Troplong.

à ce que l'emploi prescrit par le contrat soit fait; de sorte que, s'ils payaient sans que le mari eût fait l'emploi, ils ne seraient point libérés et, par suite, le conservateur ne pourrait pas rayer l'inscription prise au nom de la femme. Nous reviendrons sur les droits du conservateur en cette matière; quant à la clause d'emploi, la question de savoir si elle est obligatoire pour les tiers dépend de la volonté des parties contractantes. Il est de principe que les conventions matrimoniales peuvent être opposées aux tiers, en ce sens que les droits des époux sont déterminés par le contrat de mariage; ce qui détermine aussi la validité des actes que les tiers font avec les époux. Mais pour que les conventions des époux lient les tiers, il faut que, par leur nature ou par la volonté des parties, elles aient pour objet de régler les rapports des époux avec les tiers. Il n'y a, à cet égard, aucune différence entre la clause d'emploi sous le régime dotal et la clause d'emploi sous les autres régimes; seulement, à raison de l'objet du régime dotal, on admettra plus facilement que les conventions matrimoniales ont pour but d'obliger les tiers dans l'intérêt de la femme. Nous renvoyons, quant aux principes, au régime dotal (1).

171. Le mari est aussi administrateur de la communauté. Peut-il, à ce titre, consentir la radiation sans que la dette soit payée? Au premier abord, on pourrait croire que l'affirmative est évidente, puisque le mari est seigneur et maître. Il peut, au besoin, dissiper les biens de la communauté et les perdre; ne peut-il pas, à plus forte raison, renoncer à une simple garantie qui ne dépouille pas la communauté de son droit? Le pouvoir du mari n'est pas aussi absolu qu'on le dit d'ordinaire. Pour les actes à titre onéreux, il est toujours seigneur et maître; il ne l'est point pour les actes à titre gratuit. La loi lui défend de donner les immeubles de la communauté, il peut seulement disposer gratuitement des effets mobiliers (art. 1422). Ici revient la difficulté de principe. Le consentement à la radiation est-il une aliénation de droits mobiliers ou de droits immo-

(1) Comparez Martou, t. III, p. 268, nos 1199 et 1200. Cassation, 9 juin 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, no 2699, 1o).

biliers? Dans notre opinion, c'est seulement une disposition d'un droit mobilier, de la créance, à moins que le créancier n'ait renoncé à l'hypothèque. Hors le cas de cette clause, il faut dire que le mari peut toujours renoncer à l'inscription, sans qu'il y ait à distinguer si la renonciation se fait à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans l'opinion qui considère le consentement à la radiation comme une aliénation d'un droit réel immobilier, on aboutit à une autre conséquence, c'est que le mari ne peut pas consentir la radiation, sauf avec le concours de la femme; encore est-il douteux que le mari puisse faire une donation avec ce concours (1).

172. Le pouvoir de consentir la radiation peut aussi résulter d'un mandat conventionnel. Aux termes de l'article 92, le mandat doit être exprès et authentique. C'est l'application du principe établi par l'article 1988 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Or, consentir la radiation sans que la dette soit payée n'est pas un acte d'administration ; c'est un acte de disposition ; de là la condition exigée par l'article 92. Cette disposition confirme implicitement la doctrine que nous avons exposée sur la nature de l'acte par lequel le créancier consent à la radiation; seulement la loi ne s'explique pas sur l'objet de l'aliénation que le créancier fait en consentant la radiation de l'inscription.

Le mandat doit être authentique. On le jugeait ainsi sous l'empire du code civil, quoiqu'il ne contînt pas la disposition de l'article 92. La loi belge a consacré la jurisprudence. C'est une garantie pour le conservateur ; il est responsable des radiations qu'il opérerait sans titre suffisant; il faut donc que celui qui requiert la radiation justifie de son titre ; or, les actes sous seing privé ne font pas preuve par eux-mêmes ; de là la nécessité d'un acte authentique. Pour que la garantie soit complète, il faut que la procuration soit annexée à l'acte authentique qui constate le con-

(1) Martou, t. III, p. 260, nos 1195 et 1196.

sentement; la cour de Paris l'a jugé ainsi (1), et la décision est en harmonie avec l'esprit de la loi.

Il ne faut pas conclure de l'article 92 que la radiation soit un acte solennel; nous reviendrons sur ce point en traitant des formes dans lesquelles elle doit se faire. L'authenticité du mandat n'est requise que dans l'intérêt du conservateur; celui-ci peut opérer la radiation sur un mandat sous seing privé, mais il s'expose, dans ce cas, à voir contester l'existence du mandat.

173. Le principe établi, quant au mandat, par l'article 92 reçoit-il son application aux sociétés commerciales? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse. Les règles du droit civil sont applicables en matière de commerce; or, l'article 92 ne fait que consacrer une conséquence du droit commun. Le mandat donné par une société de commerce doit donc être exprès, aussi bien que la procuration donnée en matière civile. Cependant le contraire a été jugé par la cour de Bruxelles dans l'espèce suivante. Le directeur de la caisse hypothécaire, autorisé par les administrateurs, avait donné mainlevée d'une inscription; le conservateur refusa d'opérer la radiation, et le premier juge lui donna gain de cause, par le motif que les administrateurs étaient des mandataires; l'étendue de leurs pouvoirs était donc régie par l'article 1988; conçu en termes généraux, le mandat ne leur donnait pas le droit de consentir des radiations. Pour requérir la radiation, il eût donc fallu justifier, comme le disait le conservateur, que la dette pour laquelle l'inscription avait été prise était éteinte; ce qui eût donné à un simple administrateur le droit de consentir la radiation. Cette justification n'étant point faite, la radiation ne pouvait être opérée, faute de pouvoir suffisant dans la personne de celui qui la requérait.

La cour de Bruxelles objecte que la nature même des opérations auxquelles se livrait la caisse hypothécaire implique, pour les administrateurs, le pouvoir de stipuler des hypothèques, de recevoir le remboursement des prêts et de consentir la radiation des inscriptions. Sans doute, mais là

(1) Paris, 17 août 1843 (Dalloz, au mot *Privilèges*, nº 2699, 6º).

n'est pas la question; il ne s'agit pas de savoir quels pouvoirs la société devait donner à ses administrateurs, mais quels pouvoirs elle leur avait donnés; et, en ce qui concerne le droit de consentir les radiations, il ne suffisait point d'argumenter de l'esprit du contrat et de l'objet que les associés avaient en vue, ils devaient se conformer à la règle de l'article 1988, confirmée par l'article 92 de la loi hypothécaire, et ils ne l'avaient point fait. Cela est décisif, et cela nous dispense de répondre aux autres arguments sur lesquels la cour de Bruxelles a fondé sa décision; Martou l'a fait, et sa réfutation est péremptoire (1).

§ III. *De la radiation forcée.*

Nº 1. DANS QUELS CAS LES TRIBUNAUX DOIVENT-ILS PRONONCER LA RADIATION?

174. L'article 95 (code civil, art. 2160) porte : « La radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre. » Il est de principe que l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi, et la loi n'admet d'autre hypothèque que les hypothèques légale, conventionnelle et testamentaire (art. 42 et 43; code civil, art. 2115 et 2116). Si une inscription pour une hypothèque a été prise, sans qu'elle fût établie par la loi, par une convention ou un testament, cette inscription n'a pas de cause légale, car il ne saurait y avoir d'inscription sans hypothèque. De même, si elle est prise pour la conservation d'un privilége, et s'il n'y a pas de privilége, l'inscription n'a pas de cause légale. Dans les deux cas, elle doit disparaître, car l'inscription sans cause légale est un fait dommageable portant atteinte aux droits des tiers, soit propriétaires, soit autres parties intéressées.

Voici un cas qui s'est présenté devant le tribunal de Liége. Une femme prend inscription sur un immeuble de son mari pour une somme de 12,000 francs, montant de

(1) Bruxelles, 31 mars 1847 et 25 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 247, et 1857, 2, 129).

la dot qu'elle a apportée en mariage. Le mari demande la radiation de l'inscription, par le motif que la dot de 12,000 francs n'a été mentionnée au contrat que par vanité, que la femme n'a jamais possédé cette somme. C'était mal formuler la demande. Les époux étaient mariés sous le régime de séparation de biens; sous ce régime, la dot n'est pas livrée au mari, qui n'y a aucun droit, sauf celui de faire contribuer la femme aux charges du mariage; la femme ne peut donc avoir aucune action contre le mari du chef de sa dot; partant, elle n'a pas d'hypothèque. En conséquence, le tribunal ordonna la radiation de l'inscription (1).

La femme a une hypothèque légale pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre son mari. Donataire, par contrat de mariage, de l'usufruit des meubles et immeubles que le mari laissera à son décès, la femme a un droit éventuel sur les biens qui se trouveront au décès du mari. Peut-elle prendre une inscription pour la garantie de ce droit? Il y a un doute : le mari reste propriétaire de ses biens, il peut les dissiper; ce qui rendra l'institution contractuelle inefficace; son droit est donc purement éventuel; mais peu importe, puisque, d'après notre loi, l'hypothèque de la femme s'étend aux droits éventuels (art. 64).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire (2). Dans l'espèce, le mari avait vendu deux immeubles grevés de l'inscription de la femme; les acquéreurs demandèrent la radiation en se fondant sur ce que la femme, séparée de corps, était payée intégralement de ses droits et reprises. La femme objecta que le mari avait manifesté l'intention de disposer à titre gratuit du prix de ces ventes, et de rendre ainsi la donation illusoire; ce qu'il n'avait point le droit de faire. Le premier juge refusa de radier pour ce motif. Cette décision a été cassée. La cour dit que, le mari ayant le droit d'aliéner, la femme ne pouvait attaquer les aliénations qu'il avait consenties, quand même ce seraient des libéralités dépassant la limite légale;

(1) Jugement du tribunal de Liége, du 20 mars 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 228).
(2) Cassation, 12 mai 1875 (Dalloz, 1875, 1, 347).

qu'elle aurait seulement un recours, de ce chef, contre lui. Sans doute, mais ce recours éventuel est un droit de la femme garanti par son hypothèque légale; elle avait donc le droit de prendre inscription, pour la sûreté de cette créance, sur tous les biens du mari, dans le système du code, et, dans le système de la loi belge, en faisant spécialiser son hypothèque par le président; et nous ne voyons pas pourquoi cette inscription serait radiée.

175. La radiation doit encore être ordonnée « lorsque l'inscription a été faite en vertu d'un titre *irrégulier, éteint* ou *soldé* » (art. 95; code civil, art. 2160). Il ne suffit pas qu'il y ait un titre pour que l'inscription soit valable, il faut que le titre soit valable; si le contrat d'hypothèque est nul, si le testament qui a donné une hypothèque au légataire est nul, l'inscription est nulle également, en ce sens que, si le contrat ou le testament sont annulés, l'inscription tombe. De même le titre peut avoir existé, mais au moment où l'inscription a été prise ou depuis, il s'est éteint par l'une des causes qui entraînent l'extinction de l'hypothèque ou du privilége ; nous dirons plus loin quelles sont ces causes (art. 108; code civil, art. 2180). L'une des causes, et la plus fréquente, est celle de l'extinction de l'obligation principale; c'est ce que l'article 95 (code civil, art. 2160) appelle un titre *soldé,* parce que le payement est le mode ordinaire d'extinction des obligations.

176. L'application du principe donne lieu à une difficulté. On suppose que l'inscription est prise pour la garantie d'une obligation conditionnelle. Elle devra être rayée quand la condition défaillit, puisqu'elle a été prise en vertu d'un titre qui n'a jamais existé. Elle doit encore être rayée s'il est certain que la condition ne s'accomplira pas; le créancier est sans intérêt, dans ce cas, à requérir l'inscription, et sans intérêt à la maintenir. Si la condition écrite dans une donation ou dans un testament est illicite ou impossible, elle est réputée non écrite, et, par conséquent, l'inscription prise à raison de cette condition doit être rayée. Il a été jugé que la condition imposée par une aïeule à son petit-fils, institué par elle son légataire universel, de faire exhumer la mère et les sœurs de celui-ci

est impossible, et, comme telle, réputée non écrite, parce que le mari et père survivant s'opposait à l'exhumation; en conséquence, la cour ordonna la radiation de l'inscription hypothécaire prise par l'exécuteur testamentaire pour assurer l'exécution des volontés de la testatrice (1). Il y a un cas où il est très-difficile de décider que la condition ne se réalisera pas. L'acheteur stipule une hypothèque pour la garantie du chef d'éviction. Il n'est jamais certain qu'il n'y aura pas d'éviction. Nous ne voyons qu'une hypothèse dans laquelle l'inscription doit être rayée, c'est le cas de purge.

La cour de Paris a jugé en ce sens, en refusant d'ordonner la radiation d'une inscription prise par l'acheteur sur les biens du vendeur. Vainement objectait-on qu'il n'y avait pas de trouble imminent ni apparent. La cour répond très-bien que la plus grande prudence peut être trompée à cet égard, en se figurant qu'il n'y a pas de danger, alors que le danger serait imminent; c'est précisément pour se mettre à l'abri de dangers possibles que l'acheteur a stipulé une garantie hypothécaire. On objectait encore que l'inscription ne pouvant être rayée, le vendeur était entravé dans l'exercice de son droit de propriété et que le bien serait en quelque sorte mis hors du commerce. La cour répond que telle est la conséquence de toute hypothèque; on ne peut disposer librement d'un bien qui n'est point libre (2).

Il y a des décisions en sens contraire (3); mais si elles sont fondées en équité, par contre elles violent le droit du créancier hypothécaire. En réformant la décision du premier juge, qui avait ordonné la radiation de l'inscription prise par l'acheteur, la cour d'Angers dit très-bien que les conventions légalement formées sont la loi des parties contractantes; elles ne peuvent être anéanties ou modifiées que de leur consentement; les tribunaux excèdent leur pouvoir quand ils anéantissent des conventions légalement et

(1) Rouen, 16 novembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 154).

(2) Paris, 19 ventôse an XII. Comparez Rejet, 15 avril 1806 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1315).

(3) Liége, 8 ventôse an XIII; Limoges, 9 mai 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1316).

librement stipulées et non contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public (1).

177. La loi ne prévoit pas le cas où l'inscription est irrégulière; il était inutile de dire que l'inscription doit être rayée si elle est nulle, et si la nullité en a été prononcée par le juge. Quand l'inscription est-elle irrégulière ou nulle? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 93, suiv.). On a demandé, devant la cour de Gand, la radiation d'une inscription prise par une femme mariée, pendant le mariage, sans autorisation du président. L'inscription était conforme à la loi, mais il y avait une grave irrégularité à raison de laquelle le conservateur aurait dû refuser l'inscription : les hypothèques légales doivent être spécialisées avant qu'on puisse en requérir l'inscription; or, la loi ne permet pas à la femme de spécialiser son hypothèque, elle confie ce soin au magistrat. Malgré cette irrégularité, la cour de Gand a validé l'inscription. La décision nous paraît douteuse. A notre avis, la spécialisation est un préliminaire nécessaire de l'inscription. Nous renvoyons à ce qui a été dit de l'hypothèque égale du mineur (t. XXX, n° 303). Ces principes reçoivent leur application à l'hypothèque légale de la femme. La loi ne fait d'exception que pour les magistrats qu'elle charge de prendre inscription au nom de la femme : ils spécialisent eux-mêmes en prenant inscription. Les autres personnes qui ont le droit ou l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale doivent s'adresser au président du tribunal; l'ordonnance du président tient lieu de la délibération du conseil de famille quand il s'agit de l'hypothèque du mineur. Sans spécialisation, il n'y a pas d'hypothèque, et, partant, il ne peut y avoir d'inscription. Il y a cependant une objection, et elle est sérieuse. La spécialité est de l'essence de l'hypothèque conventionnelle, puisqu'elle tient à la solennité de l'acte. On n'en peut pas dire autant de la spécialisation des hypothèques légales et, notamment, de l'hypothèque de la femme. Elle existe en vertu de la loi; la spécialisation n'est requise que comme préliminaire de l'inscription;

(1) Angers, 21 avril 1809 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1317).

en ce sens, elle se confond avec l'inscription; or, l'irrégularité de l'inscription ne la rend nulle que s'il en est résulté un préjudice pour les tiers. C'est cet argument qui paraît avoir décidé la cour de Gand (1). En théorie, cela est très-plausible. Mais nous doutons que telle soit la théorie de la loi. Elle distingue la spécialisation et l'inscription; de l'inscription elle dit que l'irrégularité ne la rend nulle que si les tiers ont éprouvé un préjudice; elle ne dit pas cela de la spécialisation. Il faut donc appliquer à la spécialisation de l'hypothèque légale le principe qui régit l'hypothèque conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle est substantielle. Cela nous paraît aussi fondé en raison : la spécialité est une règle générale de toute hypothèque; on ne voit pas pourquoi elle aurait un caractère et des effets différents, selon qu'il s'agit d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque conventionnelle.

178. La radiation de l'inscription doit encore être ordonnée par les tribunaux lorsque les droits de privilége ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales (art. 95; code civil, art. 2160). Quelles sont ces voies légales? C'est la prescription qui éteint les priviléges et hypothèques, et la purge qui les efface. La loi traite de la prescription au chapitre consacré à l'extinction des priviléges et hypothèques, et de la purge, dans un chapitre spécial.

Nº 2. PAR QUI LA RADIATION PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE?

179. La loi ne le dit pas; on reste donc sous l'empire du droit commun. Toute personne intéressée a le droit de demander que l'inscription soit rayée. Il est de principe que pour agir en justice il faut avoir un intérêt né et actuel. De là on a conclu que les créanciers ne pouvaient demander la radiation d'une inscription qui les prime qu'au moment où ils sont appelés à participer à la distribution du prix des immeubles hypothéqués. C'est faire une fausse application du principe. En effet, le créancier a un intérêt immédiat à faire disparaître une inscription irrégulière. Si

(1) Gand, 14 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 42).

l'inscription est antérieure à la sienne, son intérêt est évident, car sa créance aura une plus grande valeur s'il acquiert un rang plus avantageux. Alors même que l'inscription serait postérieure à la sienne, il a intérêt à la faire disparaître, car le créancier inscrit, quel que soit son rang, a le droit d'expropriation; et il pourrait user de ce droit dans un moment défavorable, ce qui compromettrait les créances antérieures en rang au cas où le prix serait insuffisant pour les désintéresser (1).

180. Le débiteur sur les biens duquel on a pris une inscription a un intérêt évident à ce qu'elle soit effacée : son crédit en souffre et son droit de disposition est entravé. Il a cependant été jugé que le débiteur ne pouvait pas demander la radiation d'une inscription dont la validité pouvait être contestée, si elle avait été suivie d'une autre inscription régulière (2). La décision n'est pas douteuse, puisque l'on suppose que les deux inscriptions étaient prises par le même créancier et pour une même dette : le débiteur n'a aucun intérêt à la radiation de l'une, puisqu'il ne peut pas obtenir la radiation de l'autre, et ses droits ne souffrent pas de ce qu'il y a deux inscriptions sur son immeuble, tandis qu'il ne devrait y en avoir qu'une seule, puisque, en réalité les deux inscriptions se confondent et n'en forment qu'une seule.

Les auteurs vont plus loin et disent que le débiteur n'a pas le droit de demander la radiation d'une inscription pour cause d'irrégularité. Le débiteur ne peut pas se prévaloir du défaut d'inscription, puisque ce n'est pas dans son intérêt que la publicité est établie, c'est dans l'intérêt des tiers : le créancier hypothécaire peut agir contre le débiteur, quand même l'hypothèque ne serait pas inscrite (n° 159). Par identité de raison, dit-on, le débiteur ne peut pas attaquer une inscription parce qu'elle est irrégulière. L'argumentation cloche, nous semble-t-il. Il faut voir si le débiteur a un intérêt à ce que l'inscription irrégulière soit effacée. Or, toute inscription entrave l'exercice du droit de propriété.

(1) Gand, 14 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 42).
(2) Rejet, 4 mars 1834 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2731).

On objecte que c'est l'hypothèque qui l'entrave, et il ne peut pas la contester, puisqu'il l'a concédée. Cela est vrai si l'hypothèque est valable, le débiteur est alors sans intérêt; mais l'hypothèque peut aussi être nulle. Enfin on dit que les tiers ont le droit de se prévaloir de l'irrégularité de l'inscription; et l'on en conclut que le débiteur n'est jamais empêché d'hypothéquer ou d'aliéner son immeuble (1). Cela n'est pas exact, car l'existence seule de l'inscription peut empêcher les tiers de se mettre en relation avec le possesseur de l'immeuble.

181. L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué a intérêt et droit à demander la radiation, puisque toute hypothèque inscrite le menace du droit de suite. Il ne doit pas attendre que le créancier hypothécaire agisse contre lui pour lui opposer la nullité de son inscription, car il est toujours intéressé à avoir une propriété libre pour l'hypothéquer ou l'aliéner (2).

La cour d'Aix a jugé que le tiers acquéreur qui ne purge pas n'a qu'une propriété résoluble; d'où elle conclut qu'il ne peut exercer aucune action qui demeurerait sans objet et sans profit pour lui si, par l'effet d'une surenchère, il était dépossédé. Ce prétendu principe est très-contestable, ainsi que la conséquence que la cour en déduit. D'abord il n'est pas vrai de dire que l'acquéreur n'a qu'une propriété *résoluble;* son droit est pur et simple; seulement il peut être évincé, mais l'éviction n'est pas une résolution; nous reviendrons sur ce point en traitant du droit de suite. En supposant même que son droit soit résoluble, il est néanmoins propriétaire tant que la résolution n'est pas prononcée; et, à ce titre, il a intérêt à demander la radiation des inscriptions hypothécaires. La cour dit ensuite que l'intérêt de l'acquéreur à faire disparaître une inscription n'est qu'éventuel, pour s'affranchir de l'exercice de la surenchère, et que cet intérêt ne sera né et actuel que lorsqu'il purgera. Nous avons d'avance répondu à cette argumentation. La cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'Aix.

(1) Pont, t. II, p. 450, n° 1083. Aubry et Rau, t. III, p. 391, note 21, § 281.
(2) Rejet, 11 mars 1834 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1299, 2°).

Elle pose en principe que la radiation d'une inscription doit être ordonnée lorsqu'elle a été faite sans être fondée sur la loi; elle en conclut qu'en règle générale il suffit qu'une inscription ait été prise illégalement pour que le propriétaire ait un intérêt né et actuel à s'en affranchir, quoiqu'il ne soit encore l'objet d'aucune poursuite. Peu importe qu'il ne purge pas. En effet, la purge est un droit pour l'acquéreur dont il peut ne pas user. Quelle sera, dans ce cas, sa situation? La loi dit qu'il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires et qu'il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. Cela lui donne qualité et intérêt pour demander l'annulation des inscriptions qu'il soutient être invalides; en effet, il échappera au payement de dettes privilégiées ou hypothécaires supérieures au prix stipulé dans son contrat et profitera des termes et délais que doivent lui accorder les créanciers utilement inscrits (1).

182. Les créanciers peuvent demander la radiation de l'inscription par cela seul que l'on se trouve dans un cas où, d'après la loi, les tribunaux doivent ordonner la radiation. On a objecté aux créanciers, comme aux tiers acquéreurs, le défaut d'intérêt. Nous avons répondu à l'objection; la jurisprudence n'en a tenu aucun compte. Elle décide, en termes trop absolus, que l'inscription doit être rayée dès qu'elle est illégale (2). Sans doute, mais reste à savoir qui a le droit de demander la radiation, et ici intervient le principe qui régit toute action judiciaire: pas d'action sans intérêt. Mais il est très-facile de prouver que le créancier a intérêt à demander la radiation avant toute procédure d'ordre et de distribution; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 179).

183. Une femme prend inscription sur les biens d'une société en nom collectif dont son mari était membre. L'inscription est nulle, puisque la femme n'a d'hypothèque que sur les biens de son mari; or, l'associé n'a aucun droit sur

(1) Cassation, 9 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 204).
(2) Bordeaux, 17 février 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2783).

les immeubles dépendants d'une société de commerce; les biens appartiennent à la société, considérée comme être moral, ils n'appartiennent pas aux associés. Donc le liquidateur a le droit de demander la radiation de l'inscription. Ceci était le seul point difficile. L'immeuble sur lequel la femme avait pris inscription avait été vendu après la dissolution de la société, à une époque, par conséquent, où les associés avaient un droit de copropriété sur les biens qui composaient l'actif social. Néanmoins la cour de cassation a validé la radiation, par le motif que la société subsistait encore pour sa liquidation, que, par suite, le liquidateur a le droit de vendre les biens sociaux libres de toutes charges non créées par la société; ce qui lui donnait aussi le droit de demander la radiation des inscriptions indûment prises pendant la durée de la société (1).

184. Un notaire reçoit un acte de mainlevée d'inscription hypothécaire : peut-il, en vertu de cet acte, demander la radiation au nom de l'une ou de l'autre des parties intéressées? Cette incroyable prétention a été portée devant la cour de Colmar, qui la rejeta, cela va sans dire; l'arrêt répond assez longuement aux mauvaises raisons que l'on avait fait valoir en faveur de la demande. Il suffisait de constater que le notaire est sans intérêt pour demander la radiation comme rédacteur de l'acte; et pour agir au nom des parties intéressées, il aurait dû avoir un mandat, et un mandat authentique, d'après la jurisprudence française (2) (n° 173).

N° 3. CONTRE QUI LA RADIATION DOIT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE?

185. La radiation efface l'inscription au profit du créancier; c'est donc contre le créancier inscrit que la demande doit être intentée. Peu importe que le créancier n'ait pas pris l'inscription; il y a des créanciers qui régulièrement ne prennent pas eux-mêmes inscription pour la conservation de leurs droits : tels sont les incapables aux-

(1) Rejet, 19 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).
(2) Colmar, 3 mars 1847 (Dalloz, 1850, 2, 31).

quels la loi accorde une hypothèque. C'est néanmoins contre eux que la demande en radiation doit être formée. Il en est de même quand le conservateur prend une inscription d'office; ce n'est pas contre le conservateur que la partie intéressée doit agir, c'est contre le créancier privilégié. La cour de Nîmes l'a jugé ainsi dans un cas où le vendeur avait renoncé à son privilége : le conservateur avait eu tort de prendre une inscription, mais, une fois prise, elle ne pouvait être radiée que par une procédure légale (1).

186. Si un jugement ordonnait, sans que les créanciers soient en cause, de radier les inscriptions, le conservateur aurait le droit et le devoir de refuser la radiation. La cour de Paris a jugé le contraire dans l'espèce suivante. Un jugement passé en force de chose jugée prononçait la résolution d'une vente et ordonnait la radiation des inscriptions hypothécaires prises du chef de l'acquéreur. Le conservateur refusa de procéder à la radiation, par le motif que les créanciers n'avaient pas été parties en cause et n'avaient point consenti à la radiation; or, la loi veut que la radiation se fasse du consentement des parties intéressées (art. 92; code civil, art. 2157). Que répond la cour? Que les créanciers n'ont d'autres droits que leur débiteur, que, par conséquent, ils sont représentés dans l'instance où leur débiteur figure (2). Nous avons combattu ailleurs (t. XX, nos 105-106) cette fausse théorie qui est aujourd'hui assez généralement abandonnée; les créanciers hypothécaires ne sont point représentés par le débiteur; on ne peut donc pas leur opposer le jugement où le débiteur seul a été en cause; partant, les inscriptions par eux prises ne pourront être radiées qu'en vertu de leur consentement ou en vertu d'un nouveau jugement (3). La doctrine est en ce sens (4).

(1) Nîmes, 27 juin 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2784).
(2) Paris, 12 avril 1853 (Dalloz, 1854, 5, 434).
(3) Jugement du tribunal de Châteauroux, très-bien motivé, du 29 novembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 434).
(4) Martou, t. III, p. 278, n° 1219. Pont, t. II, p. 456, n° 1094. Aubry et Rau, t. III, p. 391, note 22, § 281.

N° 4. DEVANT QUEL TRIBUNAL LA DEMANDE DOIT-ELLE ÊTRE PORTÉE?

187. « La demande en radiation, par action principale, sera portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise » (art. 94; code civil, art. 2159). Et l'inscription est prise au bureau de conservation dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque (art. 82; code civil, art. 2146). L'action est donc, en apparence, une action réelle, puisqu'elle est portée devant le tribunal dans le ressort duquel les immeubles sont situés. Telle est, en effet, l'opinion de la plupart des auteurs (1). Cependant la demande en radiation, quoique relative à un immeuble qu'il s'agit d'affranchir de l'inscription qui le grève, n'a pas pour objet l'immeuble ni un droit réel immobilier; elle tend à effacer l'inscription qui se trouve sur un registre, et elle n'est pas intentée contre le propriétaire de l'immeuble, ni contre le détenteur, ni même contre une personne qui y a un droit réel. Duranton dit que l'inscription est le signe du droit réel et le moyen de l'exercer; il est vrai que l'hypothèque doit être inscrite pour que le créancier puisse exercer les droits qui y sont attachés, mais de là ne suit pas que l'inscription prenne le caractère de l'hypothèque et devienne un droit réel; c'est la simple publicité donnée à un droit réel; et quand on demande la radiation de l'inscription, on ne demande pas que le tribunal décide que le droit réel n'existe pas, on demande qu'il ordonne la radiation par le motif que le droit réel n'a jamais existé ou qu'il a cessé d'exister. Il n'y a donc rien de réel dans cette action. Si la loi veut qu'elle soit portée devant le tribunal de la situation des biens, c'est uniquement, comme le dit l'article 94 (code civil, art. 2159), parce que c'est au bureau de conservation qui se trouve dans ce ressort que les inscriptions ont été prises.

188. L'article 94 (code civil, art. 2159) ajoute une condition pour déterminer la compétence, il exige que la

(1) Duranton, t. XX, p. 327, n° 205. Martou, t. III, p. 286, n° 1230. En sens contraire, Pont, t. II, p. 452, n° 1088.

demande en radiation soit portée devant les tribunaux par *action principale,* ce qui implique que la demande ne doit pas être portée devant le tribunal de la situation des biens quand elle est incidente. Pour déterminer si la demande est principale ou incidente, il faut voir quel en est l'objet; si le demandeur ne conclut qu'à la radiation de l'inscription, sans contester la créance qui est garantie par l'hypothèque, l'action est principale; mais si la radiation n'est demandée que comme conséquence de la nullité ou de l'extinction de l'obligation pour la sûreté de laquelle l'inscription a été prise, la demande est incidente. C'est seulement la demande principale qui doit être portée devant le tribunal de la situation des biens, pour mieux dire, de l'arrondissement où l'inscription a été prise, parce que là se trouvent les registres sur lesquels l'inscription est faite. Si la contestation porte sur la créance garantie par l'hypothèque, l'objet principal de la demande n'est plus l'inscription, c'est la créance; donc on reste dans le droit commun en ce qui concerne la compétence; l'action, étant personnelle, sera portée devant le tribunal du domicile du défendeur; le juge de la situation des biens n'a aucune qualité pour en connaître. Ce sera le tribunal devant lequel l'action principale est portée qui décidera, par voie de conséquence, si l'inscription doit être rayée (1).

Par application de ce principe, la cour de cassation a jugé que le tribunal de commerce, saisi d'une demande en nullité d'une obligation commerciale, peut ordonner la radiation de l'inscription prise pour sûreté de la dette; en effet, cette inscription doit nécessairement disparaître, par suite de l'annulation de l'obligation; annuler celle-ci, c'est donc radier implicitement l'inscription. De là suit qu'il est très-logique que le tribunal, après avoir annulé la créance, ordonne la radiation de l'inscription hypothécaire (2)

189. L'action en radiation de l'hypothèque légale des incapables est-elle soumise à la règle de l'article 94 (code civil, art. 2159)? En ce qui concerne l'hypothèque des mi-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 56 et suiv.).
(2) Rejet, 11 février 1834 (Dalloz, au mot *Compétence commerciale,* n° 352).

neurs et interdits, la négative n'est pas douteuse. Aux termes de l'article 60, c'est le conseil de famille qui prononce la réduction, et, dans notre opinion, la radiation, s'il y a lieu, de l'inscription prise sur les biens du tuteur, quand elle est excessive ou inutile. Ce texte établit déjà une différence essentielle entre la demande en radiation ordinaire et la radiation que le conseil de famille peut prononcer. Pour celle-ci, il ne faut pas d'action, pas même une demande; le conseil de famille peut, au besoin, prendre l'initiative, et décider que l'inscription sera réduite ou rayée. L'article 60 ajoute que la délibération du conseil de famille sera soumise à l'homologation du tribunal. Quel est ce tribunal? C'est le tribunal du domicile du mineur ; car c'est à ce domicile que se réunit le conseil de famille, et c'est ce tribunal qui est appelé à homologuer, s'il y a lieu, les délibérations du conseil. L'article 94 (code civil, art. 2159) n'est pas applicable, parce que la radiation n'est pas demandée par voie d'action judiciaire (1).

190. Le mari peut aussi demander la réduction et, s'il y a lieu, la radiation des inscriptions qui ont été prises sur ses biens pendant le mariage soit par la femme, soit en son nom. Cette demande est une action judiciaire; en faut-il conclure que l'article 94 (code civil, art. 2159) doit recevoir son application? On peut le soutenir en se fondant sur les termes généraux de la loi ; la radiation forcée concerne les hypothèques légales aussi bien que les autres hypothèques, puisque l'article 95 veut que la radiation soit ordonnée lorsque l'inscription a été faite sans être fondée sur la *loi;* donc la compétence est réglée par le droit commun, à moins qu'il n'y soit dérogé. L'article 60 y déroge pour l'hypothèque légale du mineur ; la question est de savoir si l'article 72 contient une exception pour l'hypothèque de la femme mariée. Il n'y a pas de dérogation formelle, mais, à notre avis, l'exception résulte implicitement du texte et de l'esprit de la loi. Elle veut que le tribunal prenne l'avis des trois plus proches parents de la femme, et ces parents doivent être pris dans la distance

(1) Martou, t. III, p. 289, n° 1233.

de deux myriamètres. Quelle est cette distance? Elle ne se calcule certainement pas eu égard à la situation des biens hypothéqués, ces biens peuvent se trouver loin du domicile des époux; c'est là où les époux ont leur principal établissement que l'on peut espérer de trouver des parents de la femme, et à défaut de parents, des personnes qui ont avec la famille de la femme des relations d'amitié. Toutes les dispositions relatives à l'hypothèque légale de la femme sont conçues dans le même esprit. C'est le président du tribunal du domicile des époux qui autorise la femme ou ses parents et alliés à requérir les inscriptions; c'est le juge de paix du canton de ce domicile et le procureur du roi du tribunal de ce même domicile qui requièrent d'office les inscriptions au nom de la femme : n'est-il pas naturel que la loi attribue aussi à ce tribunal compétence pour la radiation et la réduction des inscriptions? Si la demande en radiation est basée sur ce que l'inscription n'est pas fondée sur une cause légale, la compétence de ce tribunal n'est guère douteuse, puisque la radiation sera la conséquence d'une demande principale tendant à ce qu'il soit jugé que la femme n'avait pas de créance garantie par une hypothèque. Il n'y a de doute que si la demande a pour objet de réduire les immeubles sur lesquels inscription a été prise; à notre avis, le texte et l'esprit de l'article 72 dérogent à la règle de l'article 94 (1).

191. L'article 94 (code civil, art. 2159) ajoute : « Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux. » C'est une conséquence du principe que la compétence, en cette matière, n'est point d'ordre public (n° 187); les parties intéressées y peuvent donc déroger. La dérogation se fondant sur une convention, il en résulte qu'elle ne lie que les parties contractantes. Si elle intervient entre le créancier et le débiteur, comme la loi le suppose, les tiers ne peuvent s'en prévaloir, de même qu'on ne peut

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 201, n° 163. Comparez Martou, t. III, p. 289 et suiv., n° 1233.

l'invoquer contre eux : ils restent sous l'empire du droit commun.

192. La demande en radiation est-elle soumise au préliminaire de conciliation? Sous l'empire du code civil, la question était controversée (1). Les auteurs de la loi nouvelle ont tranché la difficulté, en assimilant l'action en radiation aux demandes urgentes qui sont dispensées du préliminaire de conciliation; en effet, l'expérience prouve que, dans un grand nombre de cas, la demande requiert une prompte décision.

193. Le § 3 de l'article 94 (code civil, art. 2159) porte : « Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers seront intentées par exploits faits à leurs personnes, ou au dernier des domiciles élus sur le registre; et ce, nonobstant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils auront fait élection de domicile. » Qu'est-ce que la loi entend par assignation faite à la *personne?* De droit commun, les exploits sont signifiés au domicile réel; quand le créancier a élu un domicile, le demandeur en radiation doit régulièrement signifier l'exploit à ce domicile; c'est l'effet de l'élection de domicile. Mais l'article 111 dit seulement que les significations *pourront* se faire au domicile élu ; rien n'empêche donc que l'exploit soit signifié au domicile réel, sans être remis à la personne, comme semble le dire le texte; il ne faut pas tourner contre le demandeur une disposition qui a été faite dans son intérêt (2).

194. Où doit se faire la signification du jugement qui prononce la radiation? La question est controversée et il y a un doute. Aux termes de l'article 548 du code de procédure, les jugements qui prononcent une mainlevée ou une radiation d'inscription hypothécaire ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux que sur le certificat de l'avoué, contenant la date de la signification du jugement faite au *domicile* de la partie condamnée. Par *domicile,* la loi entend le domicile réel, dit-on; donc la question est décidée

(1) Pont, t. II, p. 451, n° 1086.
(2) Martou, t. III, p. 291, n° 1136.

par le texte. Mais il y a encore un autre texte, c'est l'article 111, qui porte : « Lorsqu'un acte contiendra élection de domicile pour l'exécution de ce même acte, dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu. » Voilà une disposition spéciale au domicile élu, et en même temps générale, c'est-à-dire applicable à toute espèce de significations. N'en faut-il pas conclure que la signification du jugement prononçant la radiation peut se faire au domicile élu ? L'article 83 de la loi hypothécaire, qui prescrit une élection de domicile dans l'inscription, confirme cette interprétation; il en résulte que toutes significations et notifications relatives à l'inscription pourront être faites au domicile élu, et, à défaut d'élection de domicile, au procureur du roi. Enfin c'est en ce sens que le rapport fait à la chambre par M. Lelièvre décide la question; l'esprit de la loi vient donc à l'appui des textes, tels que nous les interprétons (1).

Nº 5. QUAND LA RADIATION PEUT-ELLE ÊTRE OPÉRÉE ?

195. L'inscription ne peut être radiée qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (art. 92; code civil, art. 2157). Il faut donc que la décision judiciaire soit irrévocable. Tant qu'elle peut être révoquée, il y aurait danger à rayer l'inscription, puisque le créancier perdrait son rang par une radiation qui ne serait pas définitive et qui, par conséquent, aurait été faite au mépris de son droit.

Il suit de là que si le jugement est par défaut ou susceptible d'appel, la radiation ne peut se faire pendant les délais de l'opposition ou de l'appel, à moins qu'il n'y ait eu acquiescement, comme nous le dirons plus loin. Quand les délais sont expirés, la radiation peut se faire, s'il n'y a pas eu d'opposition ou d'appel; il faut donc que celui qui requiert la radiation justifie, dans les formes voulues par

(1) Martou, t. III, p. 292, nº 1237 et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 393, note 26, § 281, et les autorités qu'ils citent.

le code de procédure (art. 548), que le jugement a acquis force de chose jugée; à cet effet, il doit présenter au conservateur un certificat de son avoué constatant la date de la signification du jugement, et un certificat du greffier portant qu'il n'a été fait mention, sur les registres du greffe, d'aucune opposition ni d'aucun appel (1).

196. Le jugement qui prononce la radiation peut acquérir force de chose jugée avant l'expiration des délais d'opposition ou d'appel, si la partie condamnée y acquiesce. C'est le droit commun; il y a cependant une condition spéciale de forme : pour que l'acquiescement autorise le conservateur à radier l'inscription, il faut qu'il ait été donné par acte authentique. En effet, il résulte de l'article 93 (code civil, art. 2158) que la radiation ne peut se faire que sur la présentation d'un acte authentique. Quand il s'agit de la radiation ordonnée par le juge, il faut une expédition du jugement; et comme le jugement, dans l'espèce, n'a pas acquis force de chose jugée, l'acquiescement complète ce qui lui manque pour que l'inscription puisse se faire; donc l'acquiescement est un des éléments de la sentence judiciaire, partant il doit être donné dans la forme authentique (2).

Faut-il, outre l'acquiescement, que le requérant présente les certificats exigés par le code de procédure (article 548)? Cela a été jugé ainsi, mais l'erreur nous paraît certaine. Si la loi veut que le requérant produise des certificats de l'avoué et du greffier, c'est pour constater que le jugement a acquis force de chose jugée; or, l'acquiescement lui donne cette force; donc l'acquiescement consenti par acte authentique doit remplacer les pièces exigées par le code de procédure, sinon l'acquiescement n'aurait aucun effet (3).

197. Le recours en cassation n'empêche point le jugement d'avoir force de chose jugée, et, par suite, la radiation peut se faire en vertu du jugement ou de l'arrêt qui l'a

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 393 et suiv., et note 27, § 281.
(2) Jugement du tribunal de Châteauroux, du 19 novembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 434).
(3) Rouen, 8 février 1842 (Dalloz, 1845, 2, 3). En sens contraire, Martou, t. III, p 279, n° 1222.

ordonnée. Mais qu'arrivera-t-il si ces décisions sont cassées et si, sur renvoi, il est ordonné que l'inscription sera rétablie? La difficulté est de savoir quel sera le rang du créancier. On suppose que pendant le pourvoi d'autres inscriptions ont été prises; ces inscriptions ayant date avant celle que devra prendre le créancier dont l'inscription avait été radiée, celui-ci perdra-t-il son rang et sera-t-il primé par des créanciers qui, en réalité, ont pris inscription après lui? Si l'on ne tenait compte que du droit du créancier dont l'inscription a été rayée, puis rétablie, il faudrait dire qu'il doit primer les créanciers inscrits pendant le pourvoi. En effet, la décision en vertu de laquelle l'inscription a été radiée étant cassée, le jugement ou l'arrêt qui a ordonné la radiation est censé n'avoir pas été rendu; donc la radiation aussi doit être considérée comme non avenue; partant, l'inscription rayée doit être rétablie avec le rang qu'elle avait. La justice l'exige : le créancier ne peut être dépouillé du rang que lui donnait son inscription, en vertu d'une décision qui a été cassée; lui enlever son rang, c'est le dépouiller de son droit.

Cette opinion a été soutenue par Persil (1), mais elle est restée à peu près isolée. On admet généralement que l'inscription rétablie est primée par celles qui ont été prises pendant le recours en cassation. Le principe de la publicité, dit-on, l'exige. En effet, le créancier qui traite avec le débiteur le fait sur le certificat que lui délivre le conservateur des hypothèques, et ce certificat ne fait pas connaître les inscriptions rayées en vertu d'une décision judiciaire, alors même qu'il y aurait pourvoi contre le jugement; si ensuite l'inscription rayée était rétablie avec son rang primitif, les tiers qui traitent avec le débiteur, dans l'ignorance de l'inscription, rayée puis rétablie, seraient trompés, et, par conséquent, le but de la publicité ne serait pas atteint (2). Cela est très-vrai; l'intérêt des tiers se trouve ici en conflit avec le droit du créancier; la question

(1) Persil, t. I, p. 473, art. 2134, n° VI; Battur, t. IV, n° 690.

(2) Duranton, t. XX, p. 317, n° 202, et tous les auteurs, sauf Persil et Battur. Paris, 15 avril 1811; Douai, 10 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n°s 2739 et 2740).

est de savoir lequel doit l'emporter? A notre avis, c'est le droit du créancier primitif; il a un droit acquis, un droit consacré par les décisions judiciaires qui l'ont maintenu; il doit donc l'emporter sur une inscription postérieure. Sans doute, le créancier qui sera primé par une inscription rétablie, dont il ne pouvait pas deviner l'existence, pourra se plaindre de ce que la publicité ne lui offre pas la garantie qu'elle devait lui présenter : la faute en est au législateur, il aurait dû suspendre l'effet des décisions ordonnant une radiation jusqu'à ce que le délai du pourvoi fût écoulé, ou jusqu'au jugement du pourvoi. Dans cette matière, le pourvoi en cassation devrait être suspensif aussi bien que l'appel. Sur qui doit retomber la faute du législateur? Nous croyons que force doit rester au droit et aux décisions judiciaires qui le consacrent.

198. La question que nous discutons présente encore une autre difficulté. On suppose qu'il y avait des inscriptions antérieures à celles qui ont été prises pendant le pourvoi. L'inscription rétablie reprendra-t-elle à leur égard le rang qu'elle avait? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative (1). On dit que les créanciers ne peuvent pas invoquer le principe de publicité, puisque, au moment où ils ont traité avec le débiteur, l'inscription litigieuse existait encore sur les registres; ils n'ont donc pas été trompés, et ils ne peuvent pas invoquer le jugement en vertu duquel l'inscription a été rayée, puisqu'ils n'y ont pas été parties; ce jugement ayant été annulé par l'arrêt de cassation, ils se retrouvent dans la position où ils étaient avant la radiation. Cela est vrai, mais voici la complication qui va en résulter. Les créanciers inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription priment le créancier dont l'inscription, après avoir été rayée, est rétablie; et ils sont primés par les créanciers inscrits avant la radiation, lesquels sont primés par le créancier radié. Ce résultat est aussi contraire aux principes qui régissent les inscriptions hypothécaires. C'est la date qui règle le

(1) Martou, t. III, p. 281, n° 1224. Douai, 16 janvier 1812, et Paris, 12 juin 1815 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2740).

rang des divers créanciers inscrits; tandis que, dans l'espèce, le rang ne dépend plus de la date; le créancier dont l'inscription est rétablie a un double rang, il est primé par les créanciers inscrits pendant le pourvoi, tandis qu'il prime des créanciers antérieurement inscrits, lesquels priment les créanciers inscrits pendant le pourvoi. Cela paraît un tissu de contradictions. Voici la solution pratique que Duranton a donnée de la difficulté; elle ne résout pas le conflit de principes. « On colloque d'abord les créanciers antérieurs au créancier radié, ensuite celui-ci; après lui, les créanciers postérieurs en date, mais antérieurs à la radiation; enfin ceux qui se sont inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription; mais ces derniers, et chacun suivant son rang, prennent, jusqu'à due concurrence, le montant de la collocation du créancier dont l'inscription avait été rayée. Il est vrai que de cette manière ils sont payés de préférence à des créanciers qui leur sont antérieurs en ordre d'hypothèques, mais c'est un résultat de la position des choses; ces derniers créanciers ne peuvent d'ailleurs pas s'en plaindre, puisqu'ils étaient primés par celui auquel les autres ont enlevé la collocation. Il doit peu leur importer quels sont ceux qui touchent le montant de cette collocation, puisqu'elle était antérieure aux leurs, on le suppose (1). »

SECTION II. — De la réduction.

199. La réduction de l'inscription est une radiation partielle; elle peut se faire soit sur les immeubles grevés d'hypothèque, soit sur la créance hypothécaire. Puisque la réduction est une espèce de radiation, elle est soumise, en général, aux mêmes principes. Il y a cependant des différences.

200. La réduction est volontaire ou forcée. En ce qui concerne la réduction volontaire, il y a une différence entre la radiation et la réduction. La réduction qui porte sur les immeubles ne peut être consentie que par ceux qui ont la

(1) Duranton, t. XX, p. 318, n° 203

libre disposition de leurs biens, si la réduction implique une renonciation partielle à l'hypothèque; en effet, renoncer à l'hypothèque en tout ou en partie, c'est abdiquer un droit réel immobilier; il faut donc avoir la capacité de disposer des immeubles, et même de disposer à titre gratuit, si la renonciation se fait gratuitement. A la rigueur, le créancier peut se borner à renoncer à l'inscription sur l'un des immeubles grevés d'hypothèque, sans renoncer à l'hypothèque même; il abdique seulement son rang sur cet immeuble, sauf à prendre une nouvelle inscription. Faut-il appliquer, dans ce cas, la distinction que nous avons faite en matière de radiation; c'est-à-dire valider la réduction si elle est consentie après le payement partiel? Non, à notre avis; le créancier incapable de disposer ne peut consentir à réduire l'inscription sur les immeubles. Il est vrai qu'il n'aliène pas un droit réel immobilier, mais il compromet sa créance, puisque les immeubles sur lesquels il conserve son inscription peuvent être insuffisants pour en assurer le payement, et la nouvelle inscription qu'il prendra sera primée par le créancier au profit duquel il a consenti la réduction. La raison de la différence qui existe, sous ce rapport, entre la réduction et la radiation tient à l'indivisibilité de l'hypothèque. Quand la créance est payée intégralement, l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de l'hypothèque, et la radiation, dans ce cas, n'est qu'une conséquence forcée de cette extinction; tandis que le payement partiel n'éteint pas partiellement l'hypothèque, celle-ci continue à grever tous les immeubles, quoique la créance soit réduite; le créancier qui consent une réduction partielle renonce donc à une garantie, celle de l'indivisibilité, qui lui assurait son payement intégral; partant, il dispose indirectement de la créance, ce qui décide la question de capacité.

Si la réduction porte sur la somme pour laquelle inscription a été prise, on rentre dans le principe général qui régit la radiation. Le créancier peut consentir cette radiation, après qu'il a reçu un payement partiel, alors même qu'il n'aurait point la capacité de disposer, pourvu que le payement soit valable; car il n'aliène rien, et il conserve toute

la garantie hypothécaire pour le restant de la créance. La réduction partielle, dans cette hypothèse, ne fait que constater un payement partiel; elle est favorable au débiteur, dont elle augmente le crédit, sans léser en rien l'intérêt du créancier. Il suit de là que les administrateurs légaux peuvent consentir cette réduction. Mais si aucun payement partiel n'avait été fait, la réduction partielle de la somme, en faisant perdre son rang au créancier, compromettrait le payement de la créance, et serait, par conséquent, un acte de disposition que le créancier capable de disposer de la créance a seul le droit de faire.

201. La réduction forcée a lieu, dans notre droit, en matière d'hypothèque légale, sur la demande, soit du tuteur, soit du mari, dans le cas où l'inscription est excessive (art. 60 et 72). Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Hypothèques légales*.

202. Le débiteur peut-il demander la réduction quand il a fait un payement partiel? Il n'a pas ce droit en ce qui concerne les immeubles, puisque l'hypothèque reste entière, à raison de l'indivisibilité, malgré le payement partiel que le créancier consent à recevoir; sauf convention contraire, le créancier étant libre de renoncer au bénéfice de l'indivisibilité. Mais le débiteur qui a fait un payement partiel peut demander que l'inscription soit réduite quant à la somme, toujours sauf convention contraire. Nous venons de dire que cette réduction ne nuit pas au créancier, elle ne fait que constater le payement que le créancier a consenti à recevoir; or, ce payement éteint partiellement la dette; l'inscription doit donc être modifiée si le débiteur le demande, car l'inscription ne peut mentionner que la dette qui existe; or, dans l'espèce, la dette est éteinte en partie, c'est la partie qui subsiste que l'inscription doit mentionner; c'est dire que l'inscription doit être réduite (1).

(1) Cassation, 11 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 125). Martou, t. III, p. 282, n° 1225.

SECTION III. — Des formes de la radiation et de la réduction.

§ Ier. *Quelles sont les pièces que le requérant doit présenter au conservateur?*

203. « Ceux qui requièrent la radiation ou la réduction déposent, au bureau du conservateur, soit l'expédition de l'acte authentique, ou l'acte en brevet portant consentement, soit l'expédition du jugement » (art. 93; code civil, art. 2158). La loi ne dit point quelles sont les personnes qui peuvent requérir la radiation. Ce sont naturellement les parties intéressées, c'est-à-dire celles au profit desquelles la radiation est consentie ou ordonnée. Elles peuvent requérir la radiation soit en personne, soit par un mandataire. Le mandat ne doit pas être un mandat authentique. Il ne faut pas confondre la réquisition adressée au conservateur à l'effet de radier l'inscription avec le consentement donné à la radiation; le mandat à l'effet de rayer ou de réduire doit être authentique, dit l'article 92 (n° 172); mais la loi ne dit pas que ceux qui requièrent la radiation au nom des parties intéressées doivent avoir une procuration notariée; ils restent donc sous l'empire du droit commun; c'est dire qu'un mandat sous seing privé suffit. Cela est aussi fondé en raison; ce qu'il y a d'essentiel dans la forme de la radiation, c'est que les parties intéressées y consentent; et, pour la garantie du conservateur, la loi veut de plus que le consentement soit donné dans la forme authentique; cela suffit pour sauvegarder sa responsabilité.

Faut-il aller plus loin et dire que tout porteur de l'acte consentant la radiation peut requérir le conservateur de radier l'inscription? Martou l'enseigne, en s'appuyant sur un arrêt de la cour de Colmar (1). On suppose que le fait d'être porteur de l'acte de mainlevée implique le mandat de faire radier. Cela peut être, mais cela peut aussi ne pas être. Les parties peuvent révoquer leur convention : si,

(1) Colmar, 3 mars 1847 (Dalloz, 1852, 2, 31). Le même arrêt se trouve dans le Recueil de 1848, 5, 312. Martou, t. III, p. 275, n° 1214.

dans ce cas, un tiers, abusant de l'acte de radiation, le présentait au conservateur, et si celui-ci était obligé de radier, il en résulterait que le créancier perdrait son rang, sauf son recours contre celui qui aurait requis la radiation; or, la loi, en exigeant l'authenticité, a précisément en vue de prévenir toute espèce de surprise. La prudence exige donc que le conservateur n'opère la radiation que sur la preuve du mandat.

L'arrêt de la cour de Colmar ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Dans l'espèce, le notaire qui avait reçu l'acte de mainlevée l'avait remis au conservateur pour opérer la radiation. Le conservateur refusa, par la raison, à ce qu'il paraît, que l'acte était irrégulier. Le notaire introduisit alors une action en justice tendante à ce que le conservateur fût condamné à opérer la radiation. Il fut déclaré non recevable, parce qu'il n'avait aucune qualité pour introduire une demande en justice : les parties intéressées seules ayant le droit d'agir. Sans doute, si le conservateur radiait l'inscription sur la remise ou sur la demande qui lui en serait faite par le porteur de l'acte, la radiation serait valable, en supposant que l'acte de radiation fût régulier et ne fût pas révoqué; mais cela ne prouve pas que le porteur de l'acte a le droit de *requérir* la radiation, car le droit de *requérir* implique le droit de contraindre le conservateur, par les voies judiciaires, à procéder à la radiation.

204. Quelles pièces le requérant doit-il remettre au conservateur? Il faut distinguer si la radiation ou la réduction est volontaire ou forcée. Si elle est volontaire, le requérant doit déposer au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique qui constate le consentement des parties intéressées. La loi n'exige pas que cet acte soit reçu en minute, elle se contente d'un acte en brevet qui offre pleine garantie au conservateur, puisque l'acte reste déposé au bureau, comme la loi le dit.

La loi exige un acte authentique. Il suit de là que le conservateur peut refuser d'opérer la radiation sur la présentation d'un acte sous seing privé. Mais en faut-il conclure que, s'il radiait, la radiation serait nulle? La doctrine et la jurisprudence sont hésitantes sur ce point. Il nous

paraît certain que la radiation serait valable, pourvu qu'il y eût consentement. En effet, la radiation n'est pas un acte solennel; il n'y avait aucune raison d'exiger une forme solennelle pour l'expression du consentement; si la loi veut que le requérant présente un acte authentique, c'est uniquement pour la garantie du conservateur. Ce qui le prouve, c'est que l'article 92 (code civil, art. 2157), qui détermine les conditions requises pour la validité de la radiation, n'exige que le consentement des parties intéressées et leur capacité, sans parler de la forme dans laquelle le consentement doit être donné. C'est seulement dans l'article 93 qu'il est question de la forme des actes, et cet article ne s'occupe que des pièces qui doivent être présentées au conservateur; donc la disposition concerne, non la validité de l'acte portant consentement, mais la garantie du conservateur (1).

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de Toulouse. Le conservateur, dans l'espèce, avait radié l'inscription en vertu d'un acte de mainlevée sous seing privé; il donna au vendeur un certificat constatant que les inscriptions étaient rayées. L'acheteur refusa de payer son prix sur ce certificat, et il exigea que les mainlevées fussent données par acte authentique. Il a été jugé que le refus de payer de l'acheteur était légitime (2). La cour de Toulouse se borne à dire que les radiations sont illégales; elle n'examine pas la question de savoir quel est le caractère de la forme requise par la loi, si elle l'est pour la validité ou pour l'existence de l'acte de radiation, ou si elle n'est prescrite que dans l'intérêt du conservateur; c'est cependant là le point décisif du débat. On peut dire que la radiation faite sur un acte sous seing privé n'offre aucune garantie à l'acheteur. Il est vrai que l'acte sous seing privé peut être attaqué, mais l'acte authentique peut aussi l'être; tout ce qui en résulte c'est que, si la radiation faite sur un acte sous seing privé était annulée, le conservateur serait

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 389, note 15, § 281. Comparez Pont, t. II, p. 459, n° 1098.

(2) Toulouse, 16 juillet 1818 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2704, 1°). Comparez Lyon, 29 décembre 1827 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 151, 1°)

responsable, puisqu'il est en faute. La cour de Toulouse le conteste, mais à tort, la responsabilité du conservateur n'est pas limitée, comme elle le dit, aux cas prévus par la loi (art. 2197; loi hyp., art. 128); elle existe dans tous les cas où, par sa faute, le conservateur a causé un préjudice à un tiers, comme nous le dirons plus loin.

205. Si la radiation est forcée, le requérant doit présenter au conservateur l'expédition du jugement qui l'a ordonnée (art. 93; code civil, art. 2158). Il ne suffit pas qu'il y ait un jugement pour que la radiation puisse se faire, il faut qu'il soit en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (t. XXX, n° 546); le requérant doit donc justifier que le jugement est irrévocable. Si le jugement est par défaut ou susceptible d'appel, le requérant doit attendre que les délais d'opposition ou d'appel soient expirés, puis il doit déposer au bureau du conservateur les actes mentionnés à l'article 548 du code de procédure, c'est-à-dire les certificats de l'avoué et du greffier constatant qu'aucune opposition ou qu'aucun appel n'a été formé (1).

Par application de ce principe, il a été jugé que, si le jugement par défaut est périmé, le conservateur peut opposer la péremption. Le conservateur, dit la cour de Paris, étant responsable des actes relatifs à ses fonctions, a par cela même droit et intérêt à s'assurer de la qualité des titres que les requérants doivent lui présenter; il a donc le droit de vérifier si le jugement par défaut qu'on dépose à son bureau existe encore; or, aux termes du code de procédure (art. 156), le jugement par défaut est réputé non avenu, après les six mois de sa date, s'il n'est justifié qu'il a reçu une exécution légale dans ce délai; le jugement périmé ne peut donc plus servir de base à une radiation (2).

206. Le requérant doit-il déposer une expédition du titre entier en vertu duquel la radiation est demandée? Quand le titre a pour objet unique la radiation, il faut naturellement une expédition intégrale, une transcription de l'acte. Mais si le titre, tel qu'un jugement, renferme di-

(1) Pont, t. II, p. 460, n° 1101. Aubry et Rau, t. III, p. 395, note 34, § 281.

(2) Pau, 21 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2732, 1°).

verses clauses, il est inutile de transcrire celles qui sont étrangères à la radiation; ce seraient des écritures et des frais inutiles. Il a été décidé par l'administration des finances qu'un extrait de l'acte suffit pour requérir la radiation; mais il importe de préciser ce que l'on entend par extrait. On a soutenu qu'un extrait analytique suffit, c'est-à-dire une analyse de l'acte. Cette opinion est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi; l'article 93 (code civil, art. 2158) veut que le requérant dépose une expédition de l'acte ou du jugement; or, une expédition est une transcription, une copie littérale; c'est donc, non une analyse, mais une copie que le requérant doit présenter de la partie de l'acte qui concerne la radiation. Cela est aussi fondé en raison. L'analyse pourrait être inexacte ou incomplète; le conservateur a droit et intérêt à connaître dans leur entier les pièces sur la foi desquelles il est tenu de radier l'inscription, afin qu'il soit à même, s'il y a lieu, de refuser la radiation, en se fondant sur l'irrégularité des actes qu'on lui présente (1).

207. Le conservateur n'est pas tenu d'opérer la radiation dès qu'on lui présente l'expédition de l'acte de mainlevée et du jugement; s'il y a des pièces ou documents qui complètent l'acte en vertu duquel le conservateur est requis de radier l'inscription, le requérant doit en faire le dépôt au bureau, sur sa demande. Nous disons des documents qui *complètent* l'acte, ce qui implique que sans ces pièces le conservateur n'est pas éclairé sur la validité de l'acte qu'on lui présente; et s'il opérait une radiation sur des actes irréguliers, il engagerait sa responsabilité. Le motif sur lequel se fondent le droit du conservateur et l'obligation du requérant en déterminent en même temps la limite. Si les actes déposés par le requérant couvrent la responsabilité du conservateur, il est tenu de procéder à la radiation : il n'est pas juge, il est officier public, fonctionnaire administratif. C'est parce qu'il est responsable du préjudice qu'il cause par sa faute aux parties qui s'adressent à lui qu'il a

(1) Voyez les décisions du ministre des finances et les instructions de la régie, dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2118. Comparez Pont, t. II, p. 460, n° 1099.

intérêt et droit d'exiger que le requérant l'éclaire sur ce qu'il doit savoir (1). Tel est le principe; nous allons en voir l'application en traitant des droits du conservateur.

§ II. *Droits du conservateur.*

208. Le conservateur des hypothèques est chargé d'opérer la radiation des inscriptions hypothécaires. C'est donc une obligation pour lui de la faire quand il en est requis. Mais sa mission n'est point passive; la loi veut que le requérant dépose à son bureau les actes en vertu desquels l'inscription doit être rayée. Le conservateur n'est tenu de radier l'inscription que si on lui présente les actes dont la loi exige le dépôt. Doit-il procéder à la radiation, alors même que les actes déposés seraient irréguliers ou nuls? Non, certes; car, en prescrivant le dépôt des actes, la loi a voulu assurer la validité de la radiation et mettre à couvert la responsabilité du conservateur. Il suit de là que le conservateur ne peut pas être obligé d'opérer la radiation sur des actes irréguliers; la radiation même serait irrégulière, et le conservateur serait responsable du préjudice que, par sa faute, il aurait causé aux tiers. Sur ce point, il n'y a aucun doute.

Faut-il aller plus loin et admettre que le conservateur a le droit de s'assurer si les parties qui requièrent la radiation ont capacité à cet effet? La jurisprudence lui reconnaît ce droit, tandis qu'il y a des auteurs qui le lui contestent. Les textes laissent quelque doute. Il est bien vrai que la loi exige que ceux qui consentent la radiation soient capables, mais quand elle parle des justifications à faire par les personnes qui requièrent la radiation, elle ne dit plus rien de la capacité, elle se contente du dépôt des actes authentiques qui constatent le consentement des parties intéressées. De là Troplong conclut que le conservateur est un agent passif chargé de l'exécution de la volonté des parties ou des ordres de la justice, et qu'il suffit de placer sous ses yeux des preuves matérielles de l'obligation où il

(1) Pont, t. II, p. 460, nos 1100-1102.

se trouve de consommer la radiation (1). Ainsi formulé, le prétendu principe est en opposition avec le texte de la loi. Est-ce qu'un *agent passif* est responsable? Le conservateur est responsable toutes les fois qu'il cause un préjudice aux tiers par sa faute, c'est-à-dire quand il ne remplit pas les obligations que la loi lui impose, ou quand il les remplit mal. S'il est responsable, il a intérêt et il a droit de s'enquérir de la capacité de ceux qui requièrent une radiation; en effet, s'ils sont incapables, le titre en vertu duquel il procède à la radiation est nul; et s'il radiait l'inscription en vertu d'un titre nul, alors qu'il aurait pu s'assurer de la nullité, il est responsable; donc il doit avoir le droit de refuser la radiation si la capacité des parties intéressées n'est pas établie.

On voit que le droit du conservateur dépend de sa responsabilité; c'est parce que la doctrine n'est pas d'accord avec la jurisprudence sur l'étendue de la responsabilité du conservateur qu'il y a aussi dissentiment sur le droit que le conservateur a de s'assurer de la capacité des parties intéressées. Duranton dit que le conservateur ne serait pas responsable s'il radiait une inscription sur le vu d'une expédition de l'acte authentique portant consentement (3). S'il n'est pas responsable quand il fait une radiation nulle pour défaut de capacité, il faut dire qu'il est tenu d'opérer la radiation, quand même il saurait que la partie qui a consenti était incapable. Il nous semble que la conséquence témoigne contre le principe d'où elle découle. Si l'acte de consentement émanait d'un mineur, d'un interdit, le conservateur ne serait-il pas responsable en procédant à une radiation en vertu d'un titre nul? La distinction que l'on fait entre l'irrégularité de l'acte et l'incapacité de celui qui l'a consenti n'est point juridique. Dans l'un et l'autre cas, il y a responsabilité quand le conservateur est en faute, et il est en faute quand il radie une inscription en vertu d'un acte nul, alors qu'il aurait pu s'assurer soit de l'irrégularité, soit de l'incapacité. En définitive, la question de res-

(1) Troplong, t. III, n° 741, et t. IV, n° 1000.
(2) Duranton, t. XX, p. 303, n° 194.

ponsabilité est de fait plutôt que de droit. On ne peut pas décider, en termes absolus, que le conservateur est toujours responsable de l'incapacité, et on ne peut pas dire non plus qu'il n'est jamais responsable; il est responsable quand il est en faute, il ne l'est pas quand il n'est pas en faute. Nous reviendrons sur le principe, au chapitre qui est le siége de la matière.

209. Il suffit, nous semble-t-il, que le conservateur soit responsable, quand il aurait pu s'assurer de l'incapacité, pour qu'il ait le droit de s'enquérir de la capacité de ceux qui consentent la radiation et pour exiger qu'ils produisent les documents qui l'établissent. Ce n'est pas que le conservateur puisse se poser en juge et décider les difficultés de droit. Mais il est administrateur, et il a qualité pour constater la validité de l'acte qu'on le requiert de faire. C'est sur ce terrain que la jurisprudence s'est placée, et nous croyons qu'elle est dans le vrai. On lit dans un arrêt de cassation : « La loi qui rend le conservateur responsable des actes relatifs aux fonctions qu'elle lui confère lui donne, par cela même, qualité et intérêt pour s'assurer si celui qui a consenti la radiation a eu capacité à cet effet (1). » Un autre arrêt de cassation, rendu au rapport de Renouard et sur les conclusions de Delangle, formule le principe en termes plus généraux : « Le conservateur des hypothèques, qui est responsable des radiations qu'il opère, a qualité et intérêt pour s'assurer de la *suffisance* et de la *régularité* de la mainlevée d'hypothèque en vertu de laquelle la radiation lui est demandée; il n'est tenu, en conséquence, de radier l'inscription qu'autant qu'il lui est justifié de la capacité du créancier qui a donné la mainlevée (2). » La jurisprudence de la cour de cassation de Belgique est dans le même sens; nous citerons les arrêts plus loin.

Lorsqu'il s'est agi de préparer une nouvelle loi sur le régime hypothécaire, la commission spéciale s'est demandé s'il fallait maintenir la doctrine consacrée par la jurispru-

(1) Cassation, 9 juin 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2699, 1°).
(2) Cassation, 17 février 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

dence. La faculté de droit de Caen avait proposé de confier au notaire le soin de constater la capacité des parties qui consentent la radiation. Ce système n'a pas trouvé faveur. La commission spéciale dit que l'expérience faite sous l'empire du code civil prouve que le droit reconnu aux conservateurs par la jurisprudence n'a pas soulevé de critique fondée (1). Notre loi est donc conçue dans le sens de la jurisprudence antérieure ; c'est dans cet esprit qu'il faut l'interpréter.

210. Des difficultés nombreuses se sont présentées dans l'application du principe que nous venons d'établir ; nous examinerons celles qui se rapportent au droit civil. Il y en a une qui est relative à la forme extérieure des actes. Un acte de consentement à radiation ou réduction est passé en pays étranger. Le conservateur peut-il opérer la radiation ou la réduction en vertu de cet acte ? Oui, mais sous la condition que la loi prescrit, en matière hypothécaire, pour tous les actes reçus à l'étranger ; l'acte n'a d'effet en Belgique qu'après avoir été visé par le président du tribunal de la situation des biens : le président est chargé de vérifier l'authenticité de l'acte conformément à ce que la loi dispose pour les hypothèques reçues en pays étranger (art. 93 et 77). La loi dit que l'acte de consentement devient exécutoire en Belgique par le visa ; cela veut dire que le conservateur peut faire la radiation en vertu de l'acte visé ; il ne s'agit pas d'une force exécutoire proprement dite, laquelle ne peut procéder que d'un jugement.

L'article 93 ne parle pas des jugements qui ordonnent la radiation ; ces jugements, d'après l'article 94, ne peuvent être rendus que par des tribunaux belges, puisque l'action doit être portée devant le tribunal de la situation des biens.

211. Le tuteur peut consentir la radiation d'une inscription prise au profit du mineur quand la dette est payée. Il faut donc qu'il justifie du payement de la dette, puisque c'est le payement qui lui attribue qualité. Cette justification doit se faire par quittance authentique, puisque la loi

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 56).

exige l'authenticité pour les actes en vertu desquels la radiation est requise.

Cela ne suffit point lorsque l'inscription a été prise pour sûreté du prix dû au mineur en cas de vente; le tuteur doit justifier, dans ce cas, que l'acte de vente lui donne qualité pour recevoir le prix. Le tuteur a, en principe, le droit de toucher ce qui est dû au pupille; mais quand il s'agit de vente d'immeubles, le tribunal intervient pour l'autoriser. Or, en l'autorisant, les tribunaux prescrivent d'ordinaire au tuteur d'insérer dans le cahier des charges des clauses relatives au payement, dans le but de garantir les intérêts du mineur, en restreignant les pouvoirs du tuteur. Ces clauses deviennent la loi des parties; les acquéreurs ne peuvent se libérer qu'en se conformant aux conditions prescrites; le tuteur ne peut donc consentir la radiation que lorsque les acquéreurs sont valablement libérés. De là la conséquence que le conservateur est en droit d'exiger la production du jugement qui a autorisé le tuteur à vendre.

La cour de cassation de Belgique s'est prononcée en ce sens. Dans l'espèce, le conservateur avait refusé d'opérer la radiation, parce que le requérant s'était borné à présenter la quittance du prix de vente et l'acte de mainlevée du tuteur. Le premier juge et la cour de Bruxelles lui donnèrent gain de cause. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet très-bien motivé. La cour établit d'abord le principe qui limite la capacité du tuteur. Le tuteur est un mandataire légal auquel la loi ne donne que des pouvoirs d'administration. Quand il s'agit d'aliéner un immeuble, le tuteur a besoin d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal; si l'immeuble est possédé en commun par le mineur et des majeurs, et que ceux-ci veuillent procéder à la vente des biens, ils doivent obtenir l'autorisation du tribunal, en vertu de la loi du 12 juin 1816 (art. 2). Le tribunal peut accorder une autorisation pure et simple, il peut aussi ne l'accorder qu'avec des restrictions dans l'intérêt du mineur. Régulièrement le tribunal ordonne que le prix de vente restera entre les mains de l'acquéreur, hypothéqué sur les biens vendus jusqu'à la

majorité des mineurs. Comme c'est dans le jugement que le tuteur puise le droit de vendre, de recevoir le prix et, par suite, de consentir la radiation de l'inscription d'office prise au profit des mineurs, il s'ensuit que le conservateur a le droit et le devoir d'exiger que ce jugement lui soit représenté : s'il ne l'exigeait pas, dit la cour, il s'exposerait à tous les dommages-intérêts qui pourraient en résulter.

Le pourvoi faisait de singulières objections; nous les reproduisons pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les doctrines que l'on hasarde parfois devant notre cour de cassation. On invoquait l'article 2157 (loi hyp., art. 92), d'après lequel les parties intéressées peuvent consentir la radiation; or, dans l'espèce, les parties intéressées étaient les mineurs représentés par le tuteur. Sans doute, mais représentés dans les limites de la loi. Or, le tuteur n'a pas mandat, en vertu de la loi, pour vendre les immeubles du pupille et en recevoir le prix; il n'a qualité à cet effet qu'en vertu du mandat que la justice lui confère, et il doit produire ce mandat au conservateur, comme tout mandataire qui consentirait la radiation en vertu d'une procuration qu'il aurait reçue.

Le pourvoi disait encore que le conservateur était sans intérêt et, partant, sans droit, parce que sa responsabilité était à couvert par la triple responsabilité du notaire, du juge de paix et du tuteur. Etrange théorie qui ne me permettrait pas de mettre ma responsabilité à couvert, parce qu'il y a d'autres personnes responsables avec moi! Le pourvoi ajoutait que l'exigence du conservateur était injurieuse pour le notaire. Cette considération ne méritait vraiment pas la réponse péremptoire que la cour y fait, en disant que celui qui, en usant de son droit, remplit un devoir ne fait de tort à personne.

Enfin, le pourvoi objectait que le conservateur avait pris l'inscription d'office sans exiger qu'on lui présentât le jugement qui autorisait la vente; il en concluait qu'il devait aussi procéder à la radiation sans pouvoir exiger une expédition du jugement. La cour répond, en termes péremptoires, que si le conservateur prend l'inscription d'office en

vertu de la transcription de l'acte de vente, sans autres pièces à l'appui, c'est que la loi lui en fait un devoir, et elle ne lui permet pas de s'enquérir si la vente est légale ou non. Il en est tout autrement de la radiation ; loin d'être un acte conservatoire, comme l'inscription d'office, c'est un acte qui peut être préjudiciable pour la partie intéressée. En inscrivant d'office le privilége du mineur, le conservateur n'engage point sa responsabilité, puisqu'il obéit à la loi; tandis qu'il est responsable quand il radie l'inscription en vertu d'un acte nul. D'ailleurs la vente peut être légale comme autorisée par jugement, et la radiation de l'inscription serait illégale si le jugement contenait des dispositions qui ne permissent pas au tuteur d'en recevoir le prix (1).

212. Le mineur devenu majeur peut-il consentir à la radiation de l'inscription prise pour son hypothèque légale, avant que le tuteur ait rendu compte dans les formes de l'article 472? Nous avons dit que la question est douteuse (n° 165). Dans l'opinion générale, le mineur ne peut pas consentir la radiation. Il suffit que la question soit décidée ainsi par la jurisprudence pour que le conservateur ait le droit d'exiger la preuve que les formalités prescrites par l'article 472 ont été remplies (2).

213. Les époux se marient sans contrat; ils sont régis par la communauté légale, et, par suite, le mari peut recevoir les créances dotales de la femme et consentir radiation de l'inscription. Mais comment le conservateur saura-t-il si les époux n'ont pas fait de contrat? Sous l'empire du code, il arrivait souvent que des époux mariés sous le régime dotal déclaraient s'être mariés sans contrat et faisaient des actes, licites sous le régime de communauté et illicites sous le régime dotal. Le conservateur n'avait aucun moyen de s'assurer si les parties intéressées étaient mariées sous le régime de la communauté légale, ou si elles avaient fait un contrat notarié. Il n'avait qu'un moyen de couvrir sa responsabilité, c'était de refuser d'opérer la ra-

(1) Rejet, 19 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 34).
(2) Dijon, 16 mars 1840 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1069). Rejet, chambre civile, 12 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

diation jusqu'à ce qu'un jugement l'eût ordonné. Telle était l'opinion généralement suivie (1); il est inutile de la discuter, puisque la loi nouvelle a donné au conservateur un moyen très-simple de s'assurer du fait qu'il a intérêt à connaître. L'acte de célébration de mariage doit énoncer la date des conventions matrimoniales; le conservateur peut se faire représenter cet acte, qui l'éclairera sur la situation des parties. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre du *Contrat de mariage*.

214. Les époux se marient sous le régime de la communauté, mais modifiée; c'est le régime de communauté conventionnelle. Le mari a-t-il, sous ce régime, le droit de recevoir les créances dotales de la femme? peut-il consentir la radiation des inscriptions hypothécaires qui garantissent ses droits? Cela dépend des conventions matrimoniales. C'est donc par ces conventions que le conservateur peut s'assurer si le mari a capacité de consentir la radiation des inscriptions; partant, il a le droit d'en exiger la représentation. Dans une espèce jugée par la cour de Paris, on avait présenté au conservateur un extrait du contrat de mariage portant que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, sauf quelques modifications; la cour a décidé que cet extrait était insuffisant, puisqu'il ne faisait pas connaître les modifications que les époux avaient apportées à la communauté légale, et ce sont précisément ces modifications que le conservateur avait intérêt à connaître. En effet, dit la cour, le régime de communauté n'exclut pas la réserve que la femme aurait faite d'administrer elle-même certains biens, de toucher certains capitaux, d'en donner quittance et, par suite, de consentir mainlevée des inscriptions afférentes à ces créances. De là suit que la mainlevée donnée par le mari seul, sans la production du contrat ou de l'extrait qui établit sa capacité personnelle et exclusive pour donner cette mainlevée, était insuffisante (2).

215. Sous le régime dotal, la capacité du mari et de la

(1) Martou, t. III, p. 267, n° 1204.
(2) Paris, 17 avril 1843 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2699, 6°). Martou, t. III, p. 266, n° 1203.

femme est limitée par le principe de l'inaliénabilité de la dot, principe que la jurisprudence étend à la dot mobilière. S'il s'agit d'une créance dotale garantie par une hypothèque, le débiteur peut, à la vérité, la payer; mais il faut voir sous quelles conditions les époux peuvent la recevoir. Le contrat stipule d'ordinaire la clause d'emploi et le mode de l'emploi. On considère cette clause comme obligatoire pour les tiers, et on en conclut que les débiteurs sont obligés de surveiller l'emploi des sommes qu'ils remboursent, de sorte qu'ils ne se libèrent pas valablement s'il est fait des deniers dotaux un autre mode de remploi. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage*. Si l'on admet le principe, la conséquence, en ce qui concerne le pouvoir de consentir mainlevée des inscriptions hypothécaires, est évidente. La cour de cassation l'a consacrée en rappelant le principe de l'inaliénabilité de la dot; elle en déduit la conséquence que le mari et la femme n'ont pas capacité pour consentir la radiation des inscriptions prises pour la sûreté de la dot, parce que radier l'inscription, c'est rendre inefficace l'hypothèque sur laquelle repose la garantie de la dot; donner mainlevée de l'inscription, c'est donc aliéner indirectement la créance dotale. De là la conséquence que les époux ne peuvent donner mainlevée de l'inscription qu'après le payement de la créance dotale, et à condition que le payement ait été fait conformément aux clauses du contrat de mariage. Dans l'espèce, les époux avaient substitué au remploi avec hypothèque, expressément stipulé par leur contrat de mariage, un autre mode de remploi qui n'offrait pas les mêmes garanties; cela était décisif. Il en résultait que le payement n'était pas valable, et, par suite, le mari n'avait pas qualité pour consentir la radiation. D'où la conséquence, porte l'arrêt, que, dans l'état des faits, le conservateur des hypothèques avait pu et dû, pour ne pas compromettre sa responsabilité, déférer à la justice l'appréciation des motifs sur lesquels les deux époux se fondaient pour établir leur capacité de consentir la radiation de l'inscription (1).

(1) Cassation, 9 juin 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2699, 1°).

216. La clause d'emploi peut être stipulée sous tous les régimes. Si, d'après les conventions matrimoniales, elle est obligatoire pour les tiers, il faut appliquer les principes que nous venons d'exposer. Le conservateur aura le droit et le devoir de refuser la radiation jusqu'à ce que le requérant justifie que la créance a été valablement payée, car le mari ne peut consentir la radiation qu'après que la dette est éteinte. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le remploi soit obligatoire. Nous avons dit, au titre du *Contrat de mariage*, que le remploi est, en principe, facultatif; mais il peut devenir obligatoire en vertu des conventions matrimoniales, même à l'égard des tiers; dans ce cas, la validité de la mainlevée dépend de la validité du payement. Il en serait de même, à notre avis, si la clause d'emploi était stipulée par le donateur ou le testateur; ceux qui donnent peuvent attacher à leur libéralité la condition que le mari devra faire emploi et ne pourra consentir la radiation qu'après avoir fait l'emploi déterminé. On a objecté que, s'il en était ainsi, il dépendrait du disposant de rendre le bien inaliénable. Non, la clause d'emploi n'est pas l'inaliénabilité (1). Quant à la question de savoir si l'inaliénabilité peut être stipulée par les époux ou imposée par le donateur ou testateur, nous l'avons examinée aux titres des *Donations* et du *Contrat de mariage*.

217. Un jugement prononce la séparation de corps et de biens; les époux liquident leurs droits et, notamment, les reprises de la femme. Puis le mari requiert la radiation de l'inscription prise par la femme sur ses biens, en déposant, à l'appui de sa demande, un extrait du procès-verbal portant liquidation des reprises de sa femme. Le conservateur exige que le mari lui remette une expédition du jugement. Refus du mari, et arrêt de la cour de Rouen qui lui donne gain de cause. Sur le pourvoi, la décision a été cassée, et elle devait l'être. Pour que la femme puisse donner mainlevée de son inscription, il faut qu'elle soit séparée de biens et qu'elle ait reçu ce qui lui est dû pour ses re-

(1) Martou, t. III, p. 265, n° 1202, d'après un arrêt de la cour de Rouen du 16 décembre 1850.

prises; or, l'extrait du procès-verbal de liquidation ne fournissait pas cette preuve; donc, pour mettre sa responsabilité à couvert, le conservateur était en droit d'exiger le dépôt à son bureau d'une expédition du jugement qui avait prononcé la séparation et ordonné la liquidation des reprises de la femme (1).

218. La radiation des inscriptions prises au nom des sociétés de commerce soulève aussi des questions de capacité. Il faut que celui qui, au nom de la société, consent la mainlevée ait la capacité de le faire; il doit donc produire l'acte social, si c'est dans cet acte qu'il puise son pouvoir, ou le mandat authentique et spécial qui lui a donné le droit de consentir la radiation sans qu'il y ait payement. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. C'est l'application de la loi et des principes que nous avons établis plus haut (n°s 172 et 173) (2).

Si l'acte de société ne contient aucune clause à cet égard, on reste sous l'empire du droit commun; partant, l'administrateur qui a consenti la radiation sans un mandat spécial devra prouver, par quittance authentique, que la dette est éteinte; car c'est seulement dans cette hypothèse qu'un simple administrateur a qualité pour consentir une radiation. Il y a des décisions en sens contraire de la cour de Bruxelles, nous les avons déjà signalées; il est inutile de les combattre, Martou l'a fait, et sa critique est irréfutable (3).

S'il s'agit d'une société en nom collectif, l'un des associés a qualité pour consentir seul la mainlevée d'une inscription hypothécaire que lui seul avait prise, au nom de la société, sous la raison sociale. La cour de cassation l'a jugé ainsi, par le motif que les associés étaient tenus solidairement de l'exécution des engagements pris par l'un d'eux; le conservateur n'avait donc aucun risque à courir, les associés n'ayant pas d'action contre lui. Or, c'est seulement à raison de sa responsabilité qu'il a le droit de s'assurer de la capacité de ceux qui consentent la radiation; ce

(1) Cassation, 18 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 175).
(2) Martou, t. III, p. 273, nº 1212, et note 2.
(3) Martou, t. III, p. 269 et suiv., nº 1209.

qui est décisif (1). L'arrêt attaqué le décidait ainsi, mais par d'assez mauvaises raisons que la cour s'était appropriées en adoptant les motifs du premier juge; la cour de cassation ne reproduit pas ces motifs, de sorte qu'il est inutile de les discuter.

219. Il arrive assez souvent que les actes de société sont modifiés; ces modifications doivent être transcrites et publiées au tribunal de commerce. Le conservateur peut-il demander qu'on lui représente l'acte qui constate ces modifications? Cela nous paraît certain, et nous ne voyons pas pourquoi l'on se contente d'un certificat du greffier constatant que les pouvoirs de celui qui a consenti la radiation n'ont pas été modifiés (2). La cour de Caen est allée plus loin; le greffier ayant refusé le certificat qu'on lui demandait, la cour s'est contentée d'un acte de notoriété (3). Cela est tout à fait en dehors de la loi; il y a un acte, le conservateur a droit et intérêt à le connaître; dès lors s'il l'exige, le requérant doit le représenter.

220. Un légataire universel institué par acte authentique reçoit le remboursement d'une créance inscrite au nom du testateur; il consent la radiation de l'inscription. Le requérant produisait l'acte authentique de quittance et l'expédition du testament. Le conservateur, se fondant sur une instruction de l'an x, exigea un acte de notoriété constatant qu'il n'y avait point d'héritiers à réserve. Cette prétention a été admise par la cour de Liége; l'arrêt donne un assez singulier motif, c'est que le conservateur n'avait pas de relations personnelles avec la famille du défunt (4). Eh, qu'importe? Il y avait une question de droit à examiner. Comme il ne se présentait pas d'héritiers à réserve, le légataire universel avait le droit de recevoir les créances héréditaires et de donner mainlevée, ne fût-ce qu'en qualité d'héritier apparent. La responsabilité du conservateur était donc à couvert. Et en supposant qu'il pût encore être

(1) Rejet, 19 août 1845 (Dalloz, 1845, 1, 347).
(2) Amiens, 31 décembre 1851 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2699, 7°). Martou, t. III, p. 273, n° 1212.
(3) Caen, 7 janvier 1852 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2700, 3°).
(4) Liége, 3 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 56). En sens contraire, Cloes, t. III, p. 208, n° 356.

recherché, l'acte de notoriété ne l'aurait pas déchargé; car cet acte prouvait seulement sa bonne foi, et la question concernait le droit du légataire de recevoir, ainsi que le droit du conservateur. En principe, la décision n'est pas douteuse.

221. Les conservateurs des hypothèques se montrent très-exigeants, et le plus souvent les tribunaux leur donnent raison. Mais il leur arrive parfois d'être trop exigeants. On demande si, dans ce cas, ils doivent être condamnés aux dépens. Et comme les plaideurs téméraires peuvent être condamnés à des dommages-intérêts, on pourrait même demander si le conservateur est passible de dommages-intérêts quand il succombe. La jurisprudence est divisée en ce qui concerne les dépens; la plupart des arrêts se prononcent contre le conservateur, en le condamnant aux dépens. La question doit être décidée d'après les principes que nous avons établis au titre des *Obligations*. Le fait que l'on impute au conservateur est un quasi-délit. Or, il est tenu de ses quasi-délits, puisque la loi elle-même le déclare responsable. Quand l'est-il? Lorsqu'il y a une faute à lui reprocher. Y a-t-il faute par cela seul que le conservateur succombe? Telle est la difficulté. D'après le code de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens (art. 130); c'est une présomption de faute. Doit-on l'appliquer au conservateur? Il est dans une situation spéciale; s'il refuse de radier, c'est parce qu'il craint d'engager sa responsabilité en procédant à la radiation; il a donc un motif légitime de refuser et de plaider. Toutefois il peut dépasser les bornes d'une légitime défense en refusant de radier alors qu'il ne court aucun risque en radiant. Dans ce cas, il y a faute, et il en doit supporter la conséquence en payant les frais et les dépens.

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que le refus du conservateur, dans l'espèce, ne s'appuyant pas même sur un doute sérieux, il y avait lieu de le condamner aux dépens (1). La cour de Rouen a condamné le conservateur aux dépens, par le motif que les frais avaient été occasionnés par une résistance jugée mal fondée (2). De même la

(1) Rejet, 11 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 4038).
(2) Rouen 13 janvier 1845 (Dalloz, 1845 4, 107).

cour de Metz, réformant, en ce point, le jugement de première instance, a décidé qu'il n'y avait aucun motif de ne pas appliquer au conservateur la règle de l'article 130 du code de procédure; dans l'espèce, le conservateur avait fondé sa résistance, non sur une fausse appréciation des faits, mais sur une fausse interprétation de la loi (1); et c'est là un des cas dans lesquels il y a faute, d'après les articles 1382 et 1383, le conservateur étant, par la nature de ses fonctions, tenu de connaître le droit. La cour de Douai s'est montrée plus indulgente en jugeant que le conservateur ne devait pas être condamné aux frais, par la raison qu'il avait refusé d'opérer la radiation de bonne foi pour mettre sa responsabilité à couvert (2). Nous croyons que c'est dépasser la loi; la bonne foi n'empêche pas qu'il y ait fait dommageable; seulement quand l'auteur du fait est de bonne foi, il y a quasi-délit, tandis qu'il y a délit lorsqu'il est de mauvaise foi; or, le conservateur, comme toute personne, répond de ses quasi-délits.

SECTION IV. — Effet de la radiation et de la réduction.

§ Ier. *Principe.*

222. La radiation, totale ou partielle, a-t-elle pour effet d'éteindre l'hypothèque en tout ou en partie? Il faut distinguer d'abord entre la radiation forcée et la radiation volontaire. Quand la radiation est ordonnée par les tribunaux en vertu de l'article 95 (code civil, art. 2160), l'hypothèque est éteinte, ou elle n'a jamais existé, car ce n'est que dans ces cas que les tribunaux peuvent ordonner la radiation totale. Quant à la réduction forcée de l'inscription, elle n'a lieu que pour l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées (art. 60 et 72); et cette hypothèque subsiste toujours, malgré la réduction ou la radiation de l'inscription, puisqu'elle est fondée sur la loi et qu'il n'est pas permis aux incapables d'y renoncer, ni à ceux qui représentent les incapables.

(1) Metz, 13 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 243).
(2) Douai, 8 juin 1841 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2702).

Quant à la radiation volontaire, la question de savoir si elle éteint l'hypothèque dépend de la volonté des parties intéressées. Si le créancier exprime la volonté de renoncer à l'hypothèque, il y aura extinction de l'hypothèque : c'est le droit commun (art. 108; code civil, art. 2180), sur lequel nous reviendrons. D'ordinaire l'acte de mainlevée ne s'explique pas sur l'effet de la renonciation ; alors il faut voir quelle a été l'intention du créancier. La renonciation peut être tacite; mais, toute renonciation étant de stricte interprétation, il faut que les faits d'où l'on induit la renonciation à l'hypothèque fassent connaître la volonté du créancier avec certitude, c'est-à-dire qu'on ne puisse pas leur donner une autre interprétation; dès qu'il y a doute, il n'y a pas de renonciation.

Nous trouvons un exemple d'une mainlevée emportant renonciation à l'hypothèque dans un arrêt de la cour de Bruxelles. Le créancier déclarait, dans l'acte de mainlevée, qu'il entendait conserver dans toute leur intégrité ses *droits* et son *inscription* sur les autres biens compris dans l'acte de constitution d'hypothèque; c'était reconnaître implicitement que la radiation qu'il accordait devait, quant aux immeubles auxquels s'appliquait la mainlevée, éteindre le droit hypothécaire en même temps qu'elle anéantissait l'inscription. Le contrat d'hypothèque confirmait cette interprétation; il affectait à la sûreté de la créance des biens situés dans les arrondissements de Dinant et de Mons, mais en stipulant que le créancier ne pouvait avoir hypothèque à la fois dans les deux arrondissements; or, postérieurement à la radiation par lui consentie, le créancier avait pris inscription sur les biens situés dans l'arrondissement de Dinant; c'était dire bien clairement que, par l'acte de mainlevée, il avait renoncé à l'hypothèque sur les biens situés dans l'arrondissement de Mons. Enfin, dit la cour, le but que les parties avaient en vue exigeait la renonciation à l'hypothèque, car les débiteurs voulaient vendre les biens quittes et libres; ce but n'aurait pas été atteint si le créancier s'était réservé son droit d'hypothèque, puisqu'il aurait pu prendre de nouvelles inscriptions; par suite les biens auraient toujours été grevés de charges hypothé-

caires, alors que les acheteurs voulaient les avoir quittes et libres (1).

223. La cour de cassation a jugé, en principe, que le consentement du créancier à la radiation de son inscription n'a d'autre effet que d'anéantir cette inscription, sans anéantir le droit d'hypothèque; le droit subsistant, dit la cour, le créancier peut le remettre en action par une nouvelle inscription, laquelle produira effet à partir de sa date (2). Cela n'est pas douteux; quand l'inscription est effacée, l'hypothèque subsiste, mais elle perd son efficacité à l'égard des tiers, le créancier n'ayant plus ni droit de préférence, ni droit de suite. Mais puisque l'hypothèque n'est pas éteinte, le créancier peut prendre une nouvelle inscription, qui rendra, pour l'avenir, son efficacité à l'hypothèque.

Dans l'application du principe, il y a une distinction à faire. Quand le créancier consent la mainlevée au profit d'un autre créancier hypothécaire, l'effet de la radiation se borne à lui céder son rang, le créancier conserve tous ses droits; il peut donc prendre une nouvelle inscription qui lui donnera rang à partir de sa date (3). Mais si le créancier renonce à son inscription au profit d'un acquéreur de l'immeuble hypothéqué, le but que les parties ont eu en vue, comme le dit la cour de Bruxelles dans l'arrêt que nous venons de citer (note 1), empêche le créancier de prendre une inscription nouvelle au préjudice de cet acquéreur. Ce n'est pas à dire que le créancier soit déchu entièrement de son droit d'hypothèque, car il n'y a pas renoncé; il peut donc se réserver le bénéfice de son inscription à l'égard des autres créanciers hypothécaires ; ce qui conduit à la conséquence que le créancier perd son droit de suite contre l'acquéreur au profit duquel il a consenti la mainlevée de son inscription, mais il ne perd pas son droit de préférence. Si donc l'immeuble était exproprié sur la poursuite d'un autre créancier, il pourrait se présenter à l'ordre; le débat est, dans ce cas, entre les créanciers,

(1) Bruxelles, 16 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81).
(2) Rejet, 2 mars 1830 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2666).
(3) Martou, t. III, p. 275, n° 1216.

l'acquéreur y est étranger; par suite, la renonciation que le créancier a consentie au profit de l'acquéreur ne peut être invoquée par les autres créanciers.

224. La difficulté que nous signalons s'est présentée dans l'espèce suivante. Un tiers acquéreur paye son prix au premier créancier inscrit sur les immeubles à lui vendus. Le créancier lui donne mainlevée de son inscription et s'engage à le garantir de toutes poursuites qui pourraient être exercées contre lui par d'autres créanciers. L'inscription ne fut point rayée. Plus tard, les créanciers inscrits poursuivirent l'acquéreur en payement ou en délaissement. Un ordre s'ouvrit; les créanciers poursuivants prétendirent écarter le premier créancier inscrit, pour mieux dire, l'acquéreur, en invoquant la mainlevée de l'inscription. Le débat portait donc sur l'effet que devait produire cette mainlevée. En première instance et en appel, il fut jugé que la mainlevée de l'inscription ne permettait plus au créancier inscrit de faire valoir son droit hypothécaire. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. La cour commence par constater que l'acquéreur, en payant le premier créancier inscrit, avait été subrogé de plein droit à son hypothèque; il est vrai que le créancier avait donné mainlevée de l'inscription, mais ce n'était certes pas dans le but de renoncer à son hypothèque; cela n'aurait pas eu de sens, puisque le payement qu'il recevait avait pour effet de maintenir l'hypothèque à laquelle le tiers acquéreur était subrogé (art. 1251, n° 3). Quel était l'objet de la mainlevée? Elle ne pouvait avoir d'autre effet, dit la cour, que d'affranchir le tiers acquéreur de tout droit de suite sur les biens qu'il avait acquis; elle ne profitait donc qu'à lui. Voilà pourquoi il ne demanda pas la radiation de l'inscription; il avait intérêt à la conserver, afin d'opposer aux autres créanciers inscrits l'hypothèque à laquelle il était subrogé. C'est dire que ceux-ci ne pouvaient pas se prévaloir d'une mainlevée consentie par une convention dans laquelle ils n'étaient pas parties, qui, par conséquent, ne pouvait ni leur nuire ni leur profiter. Il y avait encore une autre difficulté, c'est que l'acquéreur ne demandait que l'exécution de la garantie que le créancier désintéressé lui

avait promise; il n'invoquait pas la subrogation ni l'inscription qui l'avait conservée. La cour de cassation répond que le créancier, par cela même qu'il était garant, avait le droit d'invoquer la subrogation et l'inscription, puisque c'était le moyen légal de mettre l'acquéreur à l'abri de la poursuite intentée contre lui par les autres créanciers (1).

225. Quand la mainlevée de l'inscription produit-elle son effet? La plupart des auteurs enseignent que la radiation produit son effet du moment où elle a été consentie, même avant que le conservateur ait radié l'inscription. Ils se fondent sur ce que la mainlevée est un acte unilatéral, qui n'exige pas le concours de volontés des parties intéressées (2). Le principe est vrai (n° 153); mais n'en tire-t-on pas une fausse conséquence? Dire que la renonciation est un acte unilatéral, c'est dire que le débiteur ne doit pas l'accepter, mais c'est dire aussi que le créancier peut changer de volonté tant qu'il n'y a pas de fait accompli, c'est-à-dire tant qu'aucun droit n'a été acquis à un tiers; or, les tiers ne peuvent pas se prévaloir de la mainlevée tant que l'inscription n'est point radiée, car l'inscription sur les registres conserve son effet tant qu'elle subsiste. Cela est aussi fondé en raison. Si le créancier consent à la radiation par un acte authentique, cet acte est un consentement à ce que l'inscription soit radiée, ce n'est pas une radiation. Le créancier peut anéantir l'acte en brevet qui constate son consentement; dans ce cas, la radiation devient impossible : preuve que la mainlevée n'équivaut pas à la radiation. Si la mainlevée était donnée par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur, elle pourrait être révoquée par un consentement contraire tant que le conservateur n'aurait pas radié l'inscription. Par identité de motifs, le créancier qui consent la radiation peut révoquer son consentement tant que la radiation n'est point faite.

(1) Cassation, 20 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 254). Aubry et Rau t. III, p. 396, § 281.

(2) Troplong, t. III, n° 738; Pont, t. II, p. 163, n° 1105; Martou, t. III, p. 275, n° 1215. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 395, note 37, § 281.

La jurisprudence n'est pas bien précise. Un arrêt de la cour de Bruxelles décide que l'acte de mainlevée n'a d'effet, à l'égard des tiers, qu'à partir de l'époque où l'expédition authentique en est déposée au bureau du conservateur (1). Il nous semble qu'un acte qui intéresse les tiers n'a d'effet que lorsque les tiers peuvent le connaître; cela est vrai surtout des inscriptions hypothécaires, qui n'ont d'autre but que l'intérêt des tiers; elles doivent donc subsister tant qu'elles ne sont pas radiées, et, par conséquent, la radiation ne peut avoir d'effet tant qu'elle n'est pas opérée sur les registres. La jurisprudence française semble admettre que la radiation a effet dès qu'elle est consentie; nous allons y revenir en traitant de la révocation de la mainlevée.

§ II. *Révocation de la mainlevée.*

226. Le créancier qui a consenti la radiation peut-il révoquer l'acte de mainlevée? Dans l'opinion que nous venons d'énoncer (nº 225), l'affirmative n'est point douteuse : la mainlevée est la manifestation d'un consentement unilatéral, un consentement contraire peut la révoquer. Il ne faut même pour cela aucune formalité; la loi ne prévoit pas le cas de révocation, on reste donc sous l'empire des principes généraux. La révocation peut être expresse ou tacite. Pour la révocation expresse, il n'est pas nécessaire de dresser un nouvel acte notarié, une signification faite au conservateur suffirait; si l'acte de mainlevée avait été délivré en brevet, la destruction de l'acte opérerait révocation. Il y a plus; il suffit que l'acte ne soit pas présenté au conservateur pour qu'il ne puisse pas produire d'effet, puisqu'il ne peut en produire que par la radiation opérée sur les registres. Dans l'opinion contraire, on enseigne que, sauf les cas de dol et de fraude, la mainlevée ne peut être rétractée (2). Sans doute le dol vicie toute expression de volonté, mais le dol dont le code parle est un vice qui en-

(1) Bruxelles, 11 juin 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 427).
(2) Pont, t. II, p. 463, nº 1105.

tache les contrats et les rend nuls. Dans l'espèce, il n'y a pas de contrat, on le suppose; la mainlevée est un acte d'une seule volonté, il faut donc appliquer le principe que le consentement se dissout comme il a été donné.

227. L'intérêt pratique de la question est celui-ci. Des créanciers s'inscrivent avant que l'acte de mainlevée ait été révoqué : primeront-ils le créancier qui a révoqué son consentement? Dans notre opinion, la question doit être posée en d'autres termes. L'inscription a-t-elle été rayée en vertu de la mainlevée, dans ce cas, il va sans dire que les créanciers inscrits primeront le créancier qui, après avoir requis la radiation, requiert une inscription nouvelle (n° 223). Si la radiation n'a pas été opérée, le créancier qui a donné la mainlevée peut toujours la révoquer; les créanciers qui auraient pris inscription après que l'acte de mainlevée a été dressé, mais avant que la radiation ait été opérée, n'ont pas le droit de se prévaloir d'une mainlevée qui dépend encore de la volonté du créancier; l'inscription de celui-ci subsiste, et, par conséquent, elle prime les créanciers inscrits postérieurement.

Dans l'opinion qui considère la mainlevée comme accomplie à partir du moment où l'acte est reçu, l'on distingue. Si des créanciers ont pris inscription après la mainlevée, et avant que la révocation ait été signifiée au conservateur, ils primeront le créancier qui avait donné la mainlevée. Quant aux créanciers inscrits après la révocation, ils seront primés par le créancier qui révoque la mainlevée (1). Sur quoi se fonde cette distinction? Tout y est arbitraire. D'abord on donne effet à la révocation, bien que l'on pose en principe que la mainlevée, essentiellement unilatérale, ne peut être révoquée. Puis on ne donne effet à la révocation qu'à partir de la notification qui en est faite au conservateur. En vertu de quel texte ou de quel principe subordonne-t-on à une notification l'effet de la révocation? Si la mainlevée produit son effet à partir du moment où elle est consentie, tout créancier inscrit postérieurement

(1) Martou, t. III, p. 276, n° 1217; Pont, t. II, p. 464, n° 1106. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 395 et suiv., notes 38 et 39, § 281.

devrait avoir le droit de s'en prévaloir, et la révocation ne pourrait être considérée que comme une nouvelle inscription, valable seulement à partir de sa date. Subordonner à une notification l'effet de la mainlevée, c'est faire la loi, en créant une condition qu'elle ignore. A l'appui de la distinction, on invoque le principe des droits acquis; mais quand peut-on dire que les tiers créanciers ont un droit acquis au rang de leur inscription, alors qu'ils sont en conflit avec une inscription prise antérieurement et dont mainlevée a été donnée sans qu'elle ait été suivie de la radiation de l'inscription? C'est l'inscription portée sur les registres qui donne rang au créancier, en même temps qu'elle donne effet à l'hypothèque. On suppose que le créancier qui a donné mainlevée de l'inscription ne l'a pas fait radier et qu'il a révoqué son consentement. Quels sont, en ce cas, les droits acquis des divers créanciers? Le créancier qui a donné mainlevée n'ayant pas fait radier l'inscription la conserve avec le rang qui y est attaché. Les créanciers inscrits après la mainlevée, mais sans que l'inscription ait été radiée, sont primés par cette inscription; ils ne peuvent pas invoquer la mainlevée, puisqu'elle n'a pas eu de suite; et comme ils sont restés étrangers à l'acte, il faut dire que cet acte ne leur profite point, comme il ne leur nuit point.

228. La jurisprudence consacre la distinction que nous venons de combattre; elle est moins précise que la doctrine des auteurs et tout aussi contradictoire. Un arrêt de cassation du 4 janvier 1831 commence par poser en principe que la mainlevée d'une inscription hypothécaire, donnée par un créancier à son débiteur, est, de sa nature, un acte unilatéral qui n'a pas besoin, pour être parfait, du consentement ou de l'acceptation de ce dernier. Cela est vrai, mais cela ne décide pas la question de savoir si la mainlevée produit effet à l'égard des tiers, à partir du moment où elle est consentie, ou à partir de la radiation. La cour admet que la mainlevée produit effet dès que l'acte est parfait. De là elle conclut que la mainlevée profite nonseulement au débiteur, mais encore à ses créanciers postérieurement inscrits. Dans l'espèce, la radiation n'avait pas

été opérée. Peu importe, dit la cour; la négligence ou la collusion du débiteur qui ne requiert point la radiation n'empêche pas que ses créanciers aient le droit de se prévaloir de la mainlevée. C'est une affirmation, mais où est la preuve? Régulièrement l'acte de mainlevée restera dans les mains du créancier qui l'a consenti par sa seule volonté; c'est donc lui aussi qui requerra l'exécution de l'acte, et s'il ne le fait point, quel droit la mainlevée pourra-t-elle donner à des tiers qui s'inscrivent alors qu'une inscription antérieure existe sur les registres du conservateur? La cour dit que les tiers créanciers peuvent invoquer les articles 1166 et 1167. Il faut d'abord laisser de côté l'article 1167, qui suppose un acte fait par le débiteur en fraude de ses créanciers; or, ce n'est pas le débiteur qui, dans l'espèce, requiert la radiation, c'est le créancier. Quant à l'article 1166, il suppose que le débiteur a un droit, et la question est précisément de savoir si la mainlevée de l'inscription donne un droit au débiteur avant que l'inscription soit radiée. La cour de cassation admettant que la mainlevée donne un droit au débiteur, dès qu'elle est parfaite, arrive à cette conclusion que tous ses créanciers peuvent s'en prévaloir comme exerçant les droits de leur débiteur. Elle ne distingue pas, comme font les auteurs, entre les créanciers inscrits avant ou après la révocation de la mainlevée. Dans l'espèce, il y avait des créanciers antérieurs et des créanciers postérieurs. Voici ce que l'arrêt porte à cet égard : « *Les créanciers* étaient d'autant mieux fondés (à se prévaloir de la mainlevée), que *plusieurs d'entre eux* avaient pris les inscriptions qui assuraient leur hypothèque postérieurement à la renonciation consentie, et *antérieurement à la prétendue révocation.* » Ainsi, d'après la cour, la révocation n'est qu'une révocation *prétendue*, c'est-à-dire inopérante. C'est la conséquence logique du principe sur lequel se fonde la décision; la cour le répète en terminant : « En cet état de choses, la renonciation était devenue irrévocable par le seul effet de la volonté de celui qui l'avait consentie (1). »

(1) Cassation, 4 janvier 1831, après un long délibéré en chambre du conseil (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1722, 1°).

Chose singulière ! Tous les auteurs invoquent cette décision : ceux qui admettent que la mainlevée est indépendante de la radiation, comme ceux qui enseignent que la mainlevée ne devient irrévocable que par la radiation : ceux qui admettent un pouvoir absolu de révocation, comme ceux qui disent que la révocation est un principe irrévocable. Cela prouve combien il importe de discuter les arrêts. Il est, du reste, très-difficile de préciser ce que la cour de cassation a entendu décider; car, après avoir parlé en termes généraux, la cour finit par dire : *en cet état des choses,* ce qui semble indiquer un arrêt d'espèce. Le seul principe qui soit nettement formulé, c'est que le consentement du créancier à la radiation ne doit pas être accepté, car l'arrêt attaqué a été cassé pour avoir décidé que la mainlevée ayant été révoquée avant que le consentement à la radiation eût été accepté, cette révocation avait détruit l'effet de la mainlevée et rendu à l'inscription toute sa force. Or, cette doctrine, condamnée par la cour de cassation, est admise, en partie, par les auteurs. La confusion est complète.

Sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassation, la cour d'Agen, après un délibéré en chambre du conseil, se rangea à l'avis de la cour suprême (1). La décision est plus nette et plus franche; elle porte que l'acte de mainlevée étant unilatéral, *produit tous ses effets dès sa rédaction.* Aucun texte n'impose l'*obligation de radier* comme le complément de l'*autorisation de radier;* dès lors on rentre dans la règle commune qui ne permet pas à celui qui a renoncé à un droit ou à une faculté de révoquer l'abandon qu'il en a fait volontairement. Ainsi la cour nie le droit de révoquer la mainlevée, et les auteurs citent néanmoins les décisions de la cour d'Agen et de la cour de cassation à l'appui d'une doctrine qui admet la révocation et qui en détermine les effets, en distinguant les inscriptions prises avant la révocation et les inscriptions prises après la révo-

(1) Agen, 19 mai 1836 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2722, 1°). Comparez Cassation, 29 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 172); Bruxelles, 16 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81).

cation. A quoi sert la jurisprudence si on lui fait dire le contraire de ce qu'elle dit?

L'arrêt d'Agen, quoique plus précis que celui de la cour de cassation, ne donne pas de nouveaux motifs à l'appui de la doctrine qu'il consacre; il révèle plutôt par sa précision le vice de cette doctrine. Comment une *autorisation de radier* équivaudrait-elle à une *radiation?* Ce que la cour appelle une autorisation de radier est un consentement donné à ce que le conservateur radie l'inscription; ce consentement étant unilatéral, la question est de savoir s'il lie le créancier qui l'a donné, tant que la radiation n'est pas opérée, et peut-il être lié par sa propre volonté non encore exécutée? La cour d'Agen ajoute que le débiteur seul a intérêt à la radiation des inscriptions, ce qui est une erreur palpable, comme l'attestent la doctrine et la jurisprudence. Peu importe, d'ailleurs, dans l'espèce, l'intérêt du débiteur, il s'agit de savoir si une inscription perd son effet avant d'être rayée; c'est-à-dire si l'inscription existe tant qu'elle n'est pas effacée. Dire que l'inscription est rayée, alors qu'elle ne l'est point, c'est un paradoxe; pour soutenir ce paradoxe, la cour dit que les hypothèques s'éteignent par la renonciation, sans qu'il soit nécessaire de radier l'inscription. Evidemment quand il n'y a plus d'hypothèque, l'inscription quoique subsistante devient inefficace. Mais, dans l'espèce, il n'y a pas extinction de l'hypothèque, elle subsiste; l'inscription aussi subsiste : et l'on veut néanmoins que cette hypothèque cesse de produire ses effets? La cour d'Agen va jusqu'à dire que le créancier, en consentant à la mainlevée, fait l'*abandon de son hypothèque,* ce qui est une nouvelle erreur, ou pour le moins une expression très-inexacte. Le créancier n'a rien abandonné en consentant la mainlevée, il a seulement consenti à ce que l'inscription soit radiée, mais tant qu'elle ne l'est point, il n'abdique rien.

229. Les auteurs invoquent encore un autre arrêt à l'appui de leur doctrine; cependant le dernier arrêt dit, à bien des égards, le contraire de ce que le premier avait décidé (1). La cour commence par établir une distinction

(1) Cassation, 1er décembre 1852 (Dalloz, 1854, 1, 275).

entre l'inscription et l'hypothèque; elle dit, comme nous l'avons fait, que le créancier qui donne mainlevée de son inscription ne perd pas son droit hypothécaire; il ne résulte pas des circonstances qu'il a voulu à la fois renoncer à l'hypothèque et à l'inscription; il peut donc, après avoir momentanément accordé mainlevée de l'inscription, en reprendre une nouvelle. Par la même raison, ajoute la cour, l'inscription, tant qu'elle subsiste, conserve à la fois le droit hypothécaire et le rang de l'hypothèque. Dans l'espèce, le créancier avait donné mainlevée de l'inscription; mais avant que la radiation fût opérée, il signifia une révocation au conservateur des hypothèques avec défense de radier l'inscription. Le créancier se fondait sur l'inaccomplissement de la condition sous laquelle il avait consenti la mainlevée. Pouvait-il opposer aux tiers une inscription dont la mainlevée avait été régulièrement consentie?

Telle était la question que le pourvoi soumettait à la cour de cassation. Il soutenait, conformément à la jurisprudence que nous venons de rapporter (n° 228), que la mainlevée avait effacé l'inscription, et que la prétendue révocation ne pouvait pas la faire revivre. La chambre civile n'admit pas cette doctrine. Voici les termes de sa décision : « Les créanciers postérieurs (à l'inscription dont mainlevée avait été consentie) *se sont toujours trouvés en face de l'inscription;* ils ne peuvent se prévaloir d'une mainlevée *qui n'a pas été réalisée par la radiation de l'inscription,* lorsque c'est par suite de la révocation régulière de la mainlevée que la radiation n'a pas été opérée, et lorsque cette révocation est antérieure aux droits acquis en leur faveur. » Il a donc été décidé que la mainlevée à elle seule n'efface pas l'inscription; tandis que la cour d'Agen et la cour de cassation avaient décidé le contraire. Il a encore été jugé par le dernier arrêt que la mainlevée peut être révoquée, et le premier arrêt parlait d'une *prétendue* révocation, ce que la cour d'Agen explique en ce sens que la mainlevée donne un droit immédiat au débiteur et à ses créanciers, d'où suit que la révocation est impossible. Il est vrai que les espèces jugées en 1831 et en 1852 diffèrent; mais si l'application du principe est modifiée par les

faits, il y a cependant des principes indépendants des circonstances de la cause; et quand on compare les deux arrêts rendus par la cour de cassation, on ne sait quels sont les principes qui la dirigent.

§ III. *Rétablissement de l'inscription radiée.*

230. Nous avons dit que la radiation peut être annulée pour erreur de droit, quand la cour de cassation annule la décision qui avait ordonné de radier une inscription. La radiation peut aussi être annulée pour erreur de fait. Voici un cas qui s'est présenté. Le créancier hypothécaire consentit à la radiation dans la persuasion erronée où il était que le prix des biens à distribuer avait été plus qu'absorbé par d'autres créanciers colloqués antérieurement à lui. Il pouvait faire annuler la radiation pour cause d'erreur; sur ce point, il n'y a aucun doute. Bien que l'acte de radiation soit la manifestation d'une volonté unilatérale, il y a cependant consentement, et tout consentement est vicié par l'erreur; par suite la mainlevée était nulle (1). Il en serait de même si le consentement avait été donné par dol et fraude : le dol vicie la mainlevée et la rend nulle (2).

Il peut aussi y avoir erreur de la part du conservateur des hypothèques. Quelle que soit la cause de cette erreur, négligence ou surprise, la radiation est nulle, car l'erreur vicie tous les actes juridiques. Nous en verrons plus loin des exemples.

231. Quel est l'effet de l'annulation de la radiation? L'inscription rayée par erreur doit être rétablie; cela est certain. Mais reprendra-t-elle son premier rang? Nous avons déjà rencontré cette question, en traitant du recours en cassation (n°s 197 et 198). Dans notre opinion, l'inscription doit reprendre son rang primitif, alors même qu'il y aurait des tiers créanciers inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription radiée. Les motifs que nous avons fait valoir à l'appui de cette opinion s'ap-

(1) Rennes, 10 mars 1821 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2723, 2°).
(2) Rejet, 21 frimaire an XIII (Dalloz, *ibid.*, n° 2723, 1°).

pliquent aussi au cas où le créancier a consenti par erreur à la radiation et au cas où le conservateur l'a opérée par erreur. C'est le respect du droit acquis par le créancier dont l'inscription a été rayée. Il avait pris inscription, dès lors il a conservé son droit hypothécaire; il doit jouir du bénéfice de son droit aussi longtemps que l'inscription n'est pas valablement radiée. Or, la radiation qui en a été faite est nulle, et l'acte de mainlevée ou la radiation annulés sont considérés comme n'ayant jamais existé; donc le droit du créancier doit être maintenu. Mais doit-on le maintenir au préjudice des tiers qui ont pris inscription après la radiation et avant que l'inscription fût rétablie? Là est la difficulté, et elle est sérieuse, car il y a conflit entre le droit du créancier dont l'inscription a été rétablie après avoir été radiée, et le droit des créanciers inscrits postérieurement à la radiation. Qui doit l'emporter dans ce conflit? A notre avis, le droit acquis au premier créancier; son droit doit être maintenu, parce qu'il a fait ce que la loi lui commandait pour le conserver; et la loi doit donner son appui à tous les actes légaux. Le premier créancier avait un droit acquis au moment où les tiers ont pris inscription, et le respect du droit acquis est la base de l'ordre civil.

232. Cette opinion est à peu près isolée. Il nous faut donc exposer la doctrine généralement suivie, sauf à y ajouter nos motifs de douter. Les auteurs se placent exclusivement au point de vue de l'intérêt des tiers, et sur ce terrain, la solution doit être en leur faveur. Lorsque la radiation a été opérée, dit-on, elle est définitivement acquise aux tiers qui contractent avec le propriétaire dont l'immeuble se trouve libéré. C'est une affirmation qui n'a pour elle que l'intérêt de la publicité. Mais que fait-on du droit acquis du créancier? Si son inscription a été indûment rayée, dit-on, il doit prendre une nouvelle inscription, laquelle n'aura rang qu'à partir du jour où elle a été prise (1). C'est, à notre avis, méconnaître le droit du créan-

(1) Martou, t. III, p. 280, nº 1224. Aubry et Rau, t. III, p. 396, note 41, § 281.

cier. Une inscription rétablie n'est pas une première inscription; il est donc contraire aux principes de les assimiler. Vainement dit-on que la première inscription ayant été radiée ne peut plus produire aucun effet, que, par suite, l'inscription rétablie est réellement une inscription première. La radiation ayant été annulée est censée n'avoir pas été faite, donc, en droit, la première inscription a toujours subsisté. Elle existait au moment où les tiers créanciers se sont inscrits; ils ont été trompés, sans doute, par la radiation, mais ils n'ont pas été trompés par le fait et la faute du créancier; ils doivent donc subir la conséquence du vice de publicité. Il y a lacune dans la loi; elle aurait pu se prononcer en faveur des tiers contre le créancier, mais elle ne l'a pas fait, donc le droit du créancier doit l'emporter.

233. Dans une espèce où la radiation de l'inscription avait été consentie par erreur, la cour de cassation a jugé que cette radiation avait créé des droits acquis à des tiers. Elle dit que cela est ainsi décidé, en fait, par l'arrêt attaqué, comme si un droit acquis était une question de fait; le mot même de *droit acquis* prouve qu'il s'agit de droit, et c'est le droit acquis par l'inscription et maintenu par l'annulation de la radiation que nous invoquons. A ce premier motif, qui est certainement erroné, la cour en ajoute un second qui, à notre avis, est une nouvelle erreur. De ce qu'il y avait droit acquis à des tiers, la cour conclut qu'en ne prononçant pas la nullité de la radiation pour cause d'erreur, l'arrêt attaqué avait fait une juste application des articles 1109 et 1110 (1). Qu'est-ce à dire? Si une convention, telle qu'une vente, est viciée par l'erreur, et si l'acheteur a concédé des droits à des tiers, la vente ne pourra-t-elle pas être annulée parce qu'il y a des droits acquis? Il est, au contraire, de principe que l'acte nul ne peut produire aucun effet, et, par suite, que l'annulation de l'acte entraîne la nullité de tout ce qui a été fait en vertu de cet acte. Cela n'est pas contesté en matière de contrat,

(1) Rejet, 18 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2722, 3°). Comparez Rejet, chambre civile, 13 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 196).

et il en doit être de même des actes unilatéraux tels que la radiation.

234. Il est arrivé que des inscriptions hypothécaires ont été radiées en vertu d'actes de mainlevée qui plus tard, sur la poursuite du créancier victime de la fraude, furent reconnus faux. La cour d'assises ordonna le rétablissement des inscriptions sur les registres du conservateur. Mais, depuis la radiation et avant le rétablissement, de nouveaux créanciers avaient pris des inscriptions. Ces inscriptions furent colloquées avant celle qui avait été rétablie après avoir été radiée. Pourvoi en cassation. La cour prononça un arrêt de rejet motivé avec plus de soin que celui que nous venons d'analyser. Elle pose en principe que l'hypothèque n'a de rang et de suite que par l'inscription qui en est faite sur les registres du conservateur. La radiation efface l'inscription, sans qu'il y ait à distinguer si la radiation est légale ou non. Ici nous arrêtons la cour; comment, elle, gardienne du droit, peut-elle mettre sur la même ligne une radiation illégale et une radiation légale? Si la radiation est illégale, elle n'existe qu'en apparence, elle ne peut avoir d'effet, la loi ne pouvant pas donner son appui à un acte qu'elle réprouve. La loi doit, au contraire, maintenir le droit du créancier victime d'un faux : déclarer que la radiation efface son droit alors que la radiation est l'effet d'un crime, c'est détruire le droit du créancier, tandis que la loi devrait le défendre contre la fraude et le faux.

La question est de savoir, dit la cour, sur quelle personne doit retomber la *responsabilité* d'une radiation opérée par suite d'une erreur ou d'un crime. Le mot de *responsabilité* est une méprise, il n'y a jamais de doute sur celui qui est responsable, c'est toujours l'auteur du fait qui a causé le dommage. La cour entend parler du *préjudice* résultant du fait dommageable : qui doit le supporter, le créancier dont l'inscription a été radiée par suite d'un crime, ou les tiers créanciers inscrits après la radiation? La cour dit que c'est le créancier au préjudice duquel la radiation a été faite. « A lui appartient le droit d'en demander la réparation ou contre l'auteur et les complices du crime, ou contre le conservateur qui aurait commis

l'erreur en négligeant ses devoirs. » La cour oublie qu'il y a une autre réparation, plus directe. Quand un acte est annulé, il ne produit plus aucun effet, donc la radiation annulée ne peut pas nuire au créancier, elle sera considérée comme non avenue, le créancier sera rétabli dans ses droits, dont un crime n'a pu le dépouiller : cela est tout ensemble plus moral et plus juridique. Il y a une objection, l'intérêt des tiers qui contractent avec le propriétaire alors que l'inscription est radiée ; ils seront lésés si l'inscription radiée reprend son rang primitif. Cela est très-vrai, mais le conflit entre les tiers et le créancier peut-il, doit-il être vidé en leur faveur? Le législateur aurait pu le faire, l'interprète ne le peut pas, il doit avant tout respecter le droit acquis au créancier. Vainement la cour invoque-t-elle l'article 2198 (loi hyp., art. 129), qui déclare affranchi dans les mains du nouveau possesseur l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis, dans ses certificats, une ou plusieurs des charges inscrites (1). Il n'y a pas analogie entre cette espèce et la nôtre. Quand le conservateur omet une inscription dans son certificat, l'acquéreur est dans l'impossibilité de remplir à l'égard du créancier omis les formalités de la purge; doit-on le rendre responsable de cette impossibilité? Cela eût été contraire à tout principe; de plus, l'intérêt public exigeait que l'on maintînt son acquisition contre le créancier omis, afin d'assurer la stabilité des propriétés ; le créancier omis a d'ailleurs un recours contre le conservateur, si l'omission lui est imputable. Ces motifs justifient la décision de la loi ; encore a-t-il fallu que le législateur tranchât la difficulté pour que, dans le conflit des droits du créancier et du tiers acquéreur, on se prononçât en faveur de ce dernier; d'après la rigueur des principes, le droit acquis du créancier aurait dû l'emporter sur le droit de l'acquéreur.

235. Dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, l'inscription rétablie est une nouvelle inscription qui n'a rang qu'à partir de sa date. Elle devrait donc être primée par toutes les inscriptions antérieures, même par

(1) Rejet, 9 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 298).

celles qui existaient déjà lors de la radiation. Toutefois l'on admet que les créanciers dont l'inscription était postérieure à celle qui a été rayée seront primés par l'inscription rétablie, comme ils l'étaient par l'inscription rayée (1). Cela est très-équitable, mais cela se concilie difficilement avec les principes que la jurisprudence a établis. Si l'inscription radiée reste effacée, tout tiers intéressé devrait avoir le droit de se prévaloir de la radiation, les anciens créanciers aussi bien que les nouveaux; en effet, la radiation les fait monter en rang, c'est pour eux un droit acquis dans la doctrine de la jurisprudence; ce droit acquis devrait être respecté. Si l'on donne à l'inscription rétablie son ancien rang à l'égard des créanciers inscrits lors de la radiation, on devrait aussi lui rendre son rang primitif à l'égard des nouveaux créanciers. Ceux-ci ne peuvent invoquer que l'intérêt de la publicité, mais cet intérêt doit céder devant le droit acquis.

CHAPITRE VII.

DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

§ Ier. *Notions générales.*

236. Qu'entend-on par *tiers détenteur?* C'est le tiers qui possède l'immeuble hypothéqué. On l'appelle *tiers détenteur* pour le distinguer du débiteur qui a hypothéqué l'immeuble, et qui est aussi un détenteur. Le débiteur et le tiers sont dans une situation tout à fait différente. Le débiteur est tenu personnellement de la dette, l'hypothèque n'est qu'un accessoire de l'obligation principale; tandis que

(1) Martou, t. III, p. 281, nº 1224. Aubry et Rau, t. III, p. 396, note 42, § 281.

le *tiers* est étranger à la dette. Le tiers détenteur est donc celui qui est tiers quant à la dette, c'est-à-dire qui n'en est pas tenu, il n'a aucune obligation envers les créanciers; c'est seulement l'immeuble qu'il détient qui est grevé d'une charge au profit des créanciers hypothécaires. Cela caractérise la situation du tiers détenteur; il n'est pas obligé personnellement; s'il peut être poursuivi, c'est uniquement comme détenteur de l'immeuble hypothéqué: c'est l'immeuble qui est poursuivi, ce n'est pas la personne.

L'application du principe donne lieu à bien des difficultés; nous les examinerons en traitant du délaissement, car c'est surtout en cette matière qu'elles se présentent.

237. Quel est le droit du créancier contre le tiers détenteur? Il a le droit de suite quand il a un privilége ou une hypothèque inscrits sur l'immeuble. L'article 96 (code civil, art. 2166) explique l'objet du droit de suite : les créanciers hypothécaires et privilégiés « suivent l'immeuble dans quelques mains qu'il passe, pour être *colloqués* et *payés* suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Ils peuvent donc exproprier l'immeuble entre les mains du tiers détenteur, comme ils le pouvaient tant que l'immeuble était dans les mains du débiteur; le but de l'expropriation est le même, c'est d'être payés sur le prix par préférence aux créanciers chirographaires, et d'après l'ordre des inscriptions quand il y a concours et conflit de créanciers hypothécaires.

Les créanciers hypothécaires et privilégiés ont seuls le droit de suite, les créanciers chirographaires ne l'ont point. Quand le débiteur aliène un immeuble, cet immeuble cesse de faire partie du gage que les créanciers ont sur les biens du débiteur, pourvu que l'acquéreur transcrive l'acte d'acquisition; s'il ne transcrit point, les créanciers du vendeur conservent leur droit sur l'immeuble, ils peuvent le saisir et l'exproprier. Ce n'est pas là le droit de suite, c'est la conséquence du principe que l'acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers; les créanciers saisissent donc l'immeuble parce que, à défaut de transcription, la chose vendue est encore dans le domaine du vendeur et fait, par conséquent, partie du gage de ses créanciers.

Pourquoi la loi donne-t-elle le droit de suite aux créanciers hypothécaires et privilégiés, tandis qu'elle le refuse aux créanciers chirographaires? C'est que les premiers ont un droit réel, tandis que les autres n'ont qu'un droit de créance. Tout droit réel donne, en principe, le droit de suite; la raison en est qu'il affecte la chose, et la chose en reste affectée, alors même qu'elle passe en d'autres mains; étant démembrée au profit du créancier, elle reste dans cet état de démembrement quand le débiteur l'aliène. Tel est le motif juridique du droit de suite. Il en résulte que les créanciers chirographaires ne peuvent pas l'avoir, car ils n'ont pas de droit dans la chose, ils n'ont qu'un droit contre la personne; si le débiteur ne satisfait pas à ses engagements, les créanciers ont une action sur les biens qui leur servent de gage, mais ils ne peuvent exercer ce droit que sur les biens qui sont dans le domaine de leur débiteur lors de la poursuite; dès que le bien sort des mains du débiteur, leur droit s'éteint. Le droit de suite ne saurait donc appartenir aux créanciers chirographaires; par contre, il est de l'essence des hypothèques et des priviléges. Le droit de préférence du créancier serait illusoire s'il ne pouvait l'exercer qu'en expropriant le débiteur; car celui-ci pouvant aliéner malgré les charges hypothécaires qui grèvent ses biens, l'hypothèque et le privilége ne présenteraient plus aucune garantie. Le droit de suite est donc le complément nécessaire du droit de préférence.

238. Quelle est la situation du tiers détenteur quand il est poursuivi par les créanciers hypothécaires ou privilégiés? Le code civil répond à cette question dans les termes les plus inexacts. Si le tiers détenteur ne paye pas, dit l'article 2167, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, *obligé, comme détenteur,* à toutes les dettes hypothécaires. Dire que le tiers détenteur est *obligé,* comme tel, à payer toutes les dettes inscrites sur l'immeuble, c'est dire une hérésie juridique et une chose contradictoire. C'est précisément parce que le détenteur de l'immeuble hypothéqué est *tiers* à la dette, qu'il n'est pas obligé de la payer et qu'on l'appelle *tiers* détenteur; donc, comme *tiers,* il n'est

pas obligé; l'appeler *tiers* détenteur et le déclarer *obligé* au payement des dettes, c'est dire qu'il n'est pas débiteur, parce qu'il est *tiers*, et qu'il doit néanmoins payer les dettes, ce qui implique qu'il est débiteur. L'article 2168 ajoute que le tiers détenteur est *tenu,* dans le même cas, ou de payer tous les capitaux et intérêts exigibles, ou de *délaisser* l'immeuble. En disant qu'il est *tenu* de *payer* ou de *délaisser,* la loi entend dire qu'il y est *obligé;* l'article 2169 le dit formellement : « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'*une de ces obligations,* chaque créancier a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué. » C'est une nouvelle erreur; le tiers détenteur, par cela seul qu'il est *tiers,* n'est *tenu, obligé* à rien du tout, car s'il était *obligé* à quoi que ce soit, il ne serait plus *tiers* détenteur.

Les auteurs de la loi belge ont voulu corriger la mauvaise rédaction du code civil, mais, chose singulière, ils ont oublié de modifier l'article 2167 (loi hyp., art. 97); la loi nouvelle dit, comme le code civil, que le tiers détenteur demeure *obligé,* comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires. Le législateur belge s'est contenté de modifier l'article 2168, encore la correction est-elle insuffisante. D'après le code civil, le tiers détenteur est obligé de *payer* ou de *délaisser;* l'article 98 de la loi belge dit que le tiers détenteur est tenu de *délaisser,* sinon de payer; cela implique d'abord qu'il est obligé de délaisser, ce qui n'est pas exact; cela implique encore qu'à défaut de délaisser, il est obligé de payer, ce qui reproduit l'erreur du code; aussi le légilateur belge a-t-il maintenu la rédaction de l'article 2169, en qualifiant d'*obligations* le délaissement et le payement des dettes.

Les auteurs de la loi belge paraissent avoir suivi l'opinion de Troplong, dont l'autorité était jadis grande en Belgique comme en France. On lit dans le rapport de la commission spéciale : « La commission n'a rien changé aux principes sur lesquels sont basées les *obligations* des tiers détenteurs. Seulement elle propose de donner aux articles 2168 et 2178 une rédaction plus conforme aux principes. L'obligation du tiers détenteur n'est pas de payer

ou bien de délaisser, mais de délaisser s'il ne paye pas (1). M. Lelièvre s'exprime dans le même sens : « L'action hypothécaire ne peut avoir pour objet que le délaissement de l'immeuble. Le payement de la dette est une simple faculté pour le détenteur (2). » C'est, à la lettre, la doctrine de Troplong. « Tous ceux, dit-il, qui ont écrit en jurisconsultes, et non en praticiens, ont enseigné que le créancier a le droit de demander au tiers possesseur, non le payement de la dette, mais le délaissement de la chose. » Non, le créancier ne peut pas plus demander au tiers détenteur le délaissement de la chose que le payement de la dette ; il ne peut rien lui demander, parce que le tiers détenteur ne lui doit rien. Le délaissement n'est pas un droit pour les créanciers, et il est absurde de le considérer comme tel, puisque le délaissement ne fait qu'entraver l'action des créanciers. C'est en faveur du tiers détenteur que la loi a établi le délaissement ; cela est si vrai que, lors des travaux préparatoires auxquels on se livra en France pour reviser le régime hypothécaire, on attaqua vivement et on proposa de supprimer le délaissement, parce qu'il porte atteinte aux droits des créanciers. Et l'on veut que l'objet de leur action soit le délaissement ! Qu'est-ce que les créanciers veulent en poursuivant le tiers détenteur ? Faire vendre l'immeuble, afin d'être payés sur le prix par préférence et dans l'ordre de leurs inscriptions. Quel est donc le but du droit de suite ? L'expropriation de l'immeuble hypothéqué. A quoi le tiers détenteur est-il tenu ? Il n'est obligé à rien, seulement il subit l'expropriation. Mais la loi lui donne trois moyens d'éviter l'expropriation. D'abord il peut purger, puis il peut payer les dettes inscrites, enfin il peut délaisser. Ce sont donc trois facultés que la loi accorde au tiers détenteur s'il veut éviter l'éviction ou l'expropriation. Il est souverainement illogique de donner le nom d'*obligations* à des *droits* (3).

La mauvaise rédaction de la loi a embrouillé une situa-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 57).

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 155). Troplong, t. III, n° 732. Comparez Duranton, t. XX, p. 379, n° 233.

(3) Martou, t. III, p. 309, n° 1254, et p. 314, n° 1259. Pont, t. II, p. 483, n° 1129.

tion qui est très-simple. Quand une créance est garantie par un privilége ou une hypothèque, les créanciers ont deux droits et deux actions : un droit et une action contre le débiteur et un droit dans la chose qui leur donne action contre tout détenteur de la chose. Tant que le débiteur possède l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque est l'accessoire de l'obligation principale, et le droit qu'elle donne sur l'immeuble est l'accessoire du droit que le créancier a contre la personne obligée. Lorsque le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué, les deux actions se divisent; le créancier a une action contre le débiteur tendant au payement de la dette, et il a une action contre le détenteur de l'immeuble tendant à la vente de l'immeuble. C'est donc un non-sens que de demander à quoi le tiers détenteur est obligé; c'est le débiteur qui est obligé, le tiers détenteur n'est obligé à rien; mais, détenant un immeuble grevé d'hypothèque, il est exposé à être poursuivi hypothécairement. Subir l'expropriation, voilà à quoi est tenu le tiers détenteur. Ce n'est pas là une obligation. Ce qui le prouve, c'est que le tiers détenteur peut s'affranchir de la poursuite d'expropriation, d'abord en purgeant, puis en payant les dettes inscrites, enfin, même sans purger ni payer, en délaissant l'immeuble. On n'a jamais dit que le tiers détenteur fût obligé de purger; il n'est pas non plus obligé de payer, ni de délaisser, il peut se laisser exproprier. Ce que le code civil et la loi belge appellent des obligations sont des droits, des facultés dont le tiers détenteur use ou n'use point. La cour de cassation de Belgique a formulé ces principes en termes très-exacts : « Les effets de l'hypothèque, dit-elle, relativement au tiers détenteur, dérivent exclusivement du droit réel qui la constitue; elle ne lui impose aucune obligation personnelle envers le créancier hypothécaire; celui-ci, à défaut de délaissement, n'a que le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué (1). »

239. Du principe que l'action des créanciers contre le tiers détenteur est une poursuite en expropriation, suit que la vente de l'immeuble, si le tiers détenteur ne paye pas,

(1) Rejet, 31 janvier 1851, au rapport de M. De Cuyper (*Pasicrisie*, 1851, 1, 297).

devra se faire dans les formes prescrites par la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée. Toutefois cette loi permet au créancier premier inscrit de stipuler le droit de faire vendre l'immeuble dans la forme des ventes volontaires. C'est ce qu'on appelle la clause de voie parée (article 90). Le tiers détenteur, quoique n'ayant pas figuré au contrat, doit subir cette clause, puisqu'elle tient au droit d'expropriation que le créancier a contre lui ; il a d'ailleurs eu connaissance de la clause en achetant, puisqu'elle doit être mentionnée dans l'inscription hypothécaire ; si la loi veut qu'elle soit rendue publique, c'est précisément parce qu'elle a effet contre le tiers acquéreur.

240. Pour que les créanciers puissent exercer leur action contre le tiers détenteur, il faut que leur privilége ou leur hypothèque soient inscrits. Nous en avons déjà dit la raison ; l'hypothèque et le privilége n'existent à l'égard des tiers que par l'inscription. Le code civil faisait exception en faveur de l'hypothèque légale des incapables ; cette exception est abrogée. Toute hypothèque est soumise à la publicité ; les incapables n'ont donc le droit de suite que si leur hypothèque a été inscrite. Il en est de même des priviléges ; la rédaction de l'article 2166 du code civil faisait naître un léger doute ; il portait que les créanciers ayant privilége ou hypothèque *inscrite* sur un immeuble » ; il semblait résulter de là que la loi n'exigeait l'inscription que pour les hypothèques et non pour les priviléges (1). C'était une très-fausse interprétation. En effet, à quoi aurait servi le droit de suite aux créanciers privilégiés sans inscription, puisque, n'étant pas inscrits, ils ne jouissaient pas du droit de préférence ? Or, c'est le droit de préférence qui constitue l'essence du privilége comme de l'hypothèque ; le droit de suite n'est qu'un moyen de réaliser le droit de préférence, il ne peut donc appartenir qu'à ceux qui ont conservé le droit de préférence en prenant inscription. Notre loi prévient tout doute en disant que le droit de suite appartient aux créanciers ayant privilége ou hypothèque *inscrits* sur un immeuble. Il ne suffit pas que le

(1) Pont, t. II, p. 475, n° 1121.

créancier ait pris inscription, il faut aussi qu'il l'ait conservée; s'il la laisse périmer, elle est considérée comme n'ayant jamais été prise; par conséquent, il perd tous les droits qui y sont attachés, notamment le droit de suite (1). Son hypothèque peut même perdre toute efficacité si le tiers détenteur a transcrit, car, dans ce cas, l'inscription ne peut plus avoir lieu. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur la péremption (n[os] 121 et 126).

241. L'application du principe au privilége de l'architecte souffre quelque difficulté. Ce privilége se conserve par une double inscription, celle du premier procès-verbal avant le commencement des travaux et celle du second procès-verbal faite dans la quinzaine de la réception des ouvrages (art. 38). On suppose que le propriétaire vende le fonds sur lequel s'exécutent les travaux avant qu'ils soient achevés. D'après l'article 112, l'inscription ne peut plus être prise après la transcription de l'acte d'aliénation. Si l'on applique ce principe à l'architecte, la conservation de son privilége sera impossible, car il ne peut pas inscrire, avant l'aliénation, un procès-verbal que la loi ne permet de dresser qu'après l'achèvement des travaux. Comment concilier le droit de l'architecte avec le principe de l'article 112? Il y a une hypothèse dans laquelle il n'y a aucun doute. Si l'acquéreur continue les travaux, il exécute le marché fait avec l'entrepreneur comme s'il l'avait contracté; on reste donc sous l'empire du droit commun. La créance de l'architecte et son privilége naissent après la vente; partant, l'article 112 est inapplicable : le créancier privilégié inscrira le second procès-verbal dans la quinzaine de la réception des ouvrages. Mais il se peut que les travaux ne soient pas achevés et que l'acquéreur ne veuille pas les continuer, ou les travaux sont achevés et ils ne sont pas reçus. L'architecte a néanmoins une créance pour les travaux qu'il a exécutés : aura-t-il un privilége de ce chef? On admet généralement qu'il pourra faire dresser procès-verbal après la vente et l'inscrire (2). Cela nous paraît

(1) Jugement du tribunal d'Anvers, du 4 février 1875 (*Pasicrisie*, 1876 3, 29).
(2) Martou, t. III, p. 300, n° 1245. Pont, t. II, p. 475, n° 1123.

très-douteux. Le principe de l'article 112 est absolu, la loi n'y admet aucune exception : appartient-il à l'interprète d'y déroger? Ce serait réellement faire la loi. On dit qu'il ne peut pas dépendre du propriétaire de mettre l'entrepreneur dans l'impossibilité de conserver son privilége en aliénant l'immeuble. L'argument est à l'adresse du législateur, l'interprète est lié par une règle absolue, à laquelle il ne peut pas se soustraire.

242. Il y a un privilége qui est dispensé de l'inscription, c'est celui des frais de justice. En résulte-t-il que le créancier pourra exercer le droit de suite sur les immeubles grevés de son privilége sans l'avoir inscrit? La réponse se trouve dans les textes de la loi. Si elle dispense les frais de justice de la formalité de l'inscription, c'est uniquement entre les créanciers (art. 29; code civil, art. 2106); tandis que l'article 96 (code civil, art. 2166) ne donne le droit de suite aux créanciers privilégiés qu'à la condition que le privilége soit inscrit, et il ne reproduit pas, pour le droit de suite, l'exception que l'article 29 fait pour le droit de préférence. Cela est décisif. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. On conçoit que la loi dispense de la publicité les frais de justice quand il s'agit des rapports des créanciers entre eux; il est inutile de porter à leur connaissance un privilége qu'ils connaissent, puisqu'ils ont fait les frais et qu'ils en profitent. Telle n'est pas la situation des tiers acquéreurs; ils doivent être à l'abri de toute charge hypothécaire non rendue publique, sinon il n'y a plus de sécurité dans les transactions et le but de la publicité est manqué; or, les tiers acquéreurs ne peuvent connaître que par l'inscription les charges qui grèvent l'immeuble; donc un privilége non inscrit n'existe point à leur égard. Enfin la tradition est en ce sens. Sous l'empire du code civil, tous les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient aussi sur les immeubles (art. 2104); ils étaient dispensés de l'inscription entre les créanciers, mais la loi ne les dispensait point de la publicité en ce qui concerne le droit de suite; on en concluait, c'était l'opinion de tous les auteurs, que les créanciers privilégiés n'avaient le droit

de suite qu'à la condition de prendre inscription (1).

243. On admet généralement que les tiers peuvent opposer le défaut d'inscription, alors même qu'ils auraient connaissance des priviléges et hypothèques que le créancier aurait négligé d'inscrire (t. XXX, nº 552). Nous avons fait nos réserves à cet égard en traitant du droit de préférence. La question se présente dans les mêmes termes quand il s'agit du droit de suite. La loi, dit-on, ne connaît qu'un mode de porter les charges hypothécaires à la connaissance des tiers, c'est l'inscription; donc le créancier dont le droit n'est pas inscrit ne peut se prévaloir de ce que le tiers détenteur aurait de fait connu l'hypothèque ou le privilége. A cet argument nous opposons le texte de l'article 1er de notre loi hypothécaire. Celui qui achète un immeuble ne peut opposer le défaut de transcription s'il avait connaissance d'une vente antérieure, quoique non transcrite; or, l'hypothèque est une aliénation partielle, et l'inscription est un mode de publicité identique avec la transcription; si le propriétaire peut opposer son droit au tiers détenteur, quoiqu'il ne l'ait pas rendu public, pourquoi le créancier hypothécaire ne pourrait-il pas opposer son droit, qui est un démembrement de la propriété, au tiers détenteur qui en a connaissance? Il est certain que la situation est la même; et là où il y a même motif de décider ne doit-il pas y avoir même décision (2)?

La question ne s'est pas présentée devant nos cours, et la jurisprudence française n'a pas d'autorité en cette matière, puisqu'il n'y a pas, dans la loi de 1855 sur la transcription, une disposition analogue à celle de l'article 1er de la loi belge. Dans une espèce antérieure à la loi nouvelle, la cour de cassation a jugé que le défaut d'inscription ne pouvait être opposée au créancier hypothécaire, parce que la vente avait été faite en fraude de ses droits, pour soustraire l'immeuble à la poursuite du créancier hypothécaire. Le tiers détenteur objecta que le créancier n'avait pas pris inscription dans la quinzaine de la transcription, comme le

(1) Martou, t. III, p. 300, nº 1245. Pont, t. II, p. 475, nº 1122.
(2) En sens contraire, Martou, t. III, p. 301, nº 1246

voulait l'article 834 du code de prodédure. La cour répond que le créancier ne pouvait être tenu de prendre inscription dans ce délai, puisque la vente était frauduleuse, c'est-à-dire qu'elle n'existait pas à son égard (1). C'est le principe sur lequel cet arrêt est fondé qui a été consacré par l'article 1er de notre loi hypothécaire ; elle qualifie de *fraude* le fait du tiers détenteur d'opposer le défaut de transcription, alors que, en achetant, il avait connaissance de la vente non transcrite. Par identité de motifs, le tiers détenteur est en fraude quand il se prévaut du défaut d'inscription d'une hypothèque dont il connaissait l'existence en achetant. Il y a, en effet, mauvaise foi de la part du tiers acquéreur à opposer le défaut de publicité d'une charge hypothécaire dont il avait connaissance; c'est dire qu'il n'en avait pas une connaissance légale; or, la publicité légale n'a d'autre objet que d'avertir les tiers de l'existence des charges hypothécaires : un tiers peut-il de bonne foi soutenir qu'il ne connaissait pas l'hypothèque, alors qu'il la connaissait?

La question de bonne foi où de fraude s'est encore présentée dans une autre espèce qui a quelque analogie avec l'article 1er de notre loi hypothécaire. Le vendeur avait déclaré l'existence des hypothèques inscrites sur l'immeuble. Il se trouva que l'inscription ne contenait pas la mention de l'exigibilité de la créance; ce qui, sous l'empire du code civil, était une cause de nullité de l'inscription. De là la question de savoir si le tiers acquéreur pouvait se prévaloir de ce vice de forme, alors qu'il connaissait l'existence de l'hypothèque par l'acte même de vente? La cour de cassation s'est prononcée en faveur du tiers acquéreur (2). Il est certain qu'il peut opposer les irrégularités qui vicient l'inscription; mais le peut-il malgré la connaissance personnelle qu'il a de l'hypothèque, quand elle lui a été déclarée par l'acte même de vente? Si l'on tient compte de la bonne foi, comme le fait l'article 1er de notre loi hypothécaire, il faut dire qu'il y a mauvaise foi de sa part.

(1) Rejet, 10 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 109).
(2) Rejet, chambre civile, 27 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 168).

c'est cette mauvaise foi que la loi belge qualifie de fraude.

244. Il y a un cas dans lequel le tiers détenteur ne peut opposer le défaut d'inscription de l'hypothèque, c'est quand il a renoncé à se prévaloir de l'omission de cette formalité. L'inscription n'est ordonnée que dans l'intérêt des tiers; il va de soi qu'ils peuvent renoncer au droit qu'ils ont de l'opposer (1). Cette décision vient à l'appui de l'opinion que nous venons de soutenir. Si le tiers détenteur peut déclarer qu'il n'opposera pas le défaut de publicité, c'est parce qu'il a connaissance de l'hypothèque; et, à raison de cette connaissance, il renonce à se prévaloir de l'inobservation d'une formalité dont l'unique but est de lui faire connaître l'existence de l'hypothèque. Eh bien, le législateur belge a pensé que, quand même le tiers ne renoncerait pas formellement à opposer l'omission de l'inscription, la bonne foi exigeait qu'on ne lui permît pas de le faire.

Si le tiers détenteur se charge du payement des dettes hypothécaires, il ne peut plus être question d'opposer le défaut d'inscription; en effet, il cesse, dans ce cas, d'être tiers détenteur pour devenir débiteur personnel; or, le débiteur personnel ne peut jamais opposer le défaut d'inscription (2). Pourquoi ne le peut-il pas? Parce qu'il a nécessairement connaissance de la dette qu'il est obligé de payer. Ne peut-on pas en dire autant du tiers détenteur qui, sans s'obliger à payer la dette, connaît l'existence de l'hypothèque au moment où il achète? La bonne foi ne lui fait-elle pas une obligation de payer la dette, au moins comme détenteur de l'immeuble qu'il sait hypothéqué à la dette du créancier, quoique celui-ci n'ait pas inscrit?

245. La loi exige encore une condition pour l'existence du droit de suite, c'est que la dette du créancier hypothécaire soit exigible. Aux termes de l'article 99 (code civil, art. 2169), le créancier peut faire vendre l'immeuble hypothéqué trente jours après le commandement fait au débiteur

(1) Marton, t. III, p. 301, n° 1246.
(2) Voyez l'arrêt cité p. 217, note 2.

personnel et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette *exigible* ou de délaisser. L'action hypothécaire est une garantie pour obtenir le payement forcé de la dette; or, le payement ne peut être demandé que lorsque la dette est exigible. Cela est élémentaire quand le créancier poursuit le payement contre le débiteur personnel; or, l'action hypothécaire ne peut être formée contre le tiers détenteur qu'après un commandement fait au débiteur originaire, et le commandement suppose que le débiteur est obligé de payer, c'est-à-dire que la dette est exigible. La loi veut aussi que le tiers détenteur soit sommé de payer, et il ne peut être sommé de payer tant que la dette n'est pas exigible. En effet, d'après l'article 97 (code civil, art. 2167), le tiers détenteur, tenu, comme tel, de toutes les dettes hypothécaires, jouit des *termes* et *délais* accordés au débiteur originaire. Il suit de là que le créancier ne peut agir hypothécairement contre le tiers détenteur tant qu'il ne peut pas exiger le payement de la dette contre le débiteur personnel.

L'application du principe soulève des difficultés. Si le débiteur personnel a obtenu un délai de grâce, le tiers détenteur pourra-t-il s'en prévaloir contre le créancier? L'affirmative est généralement admise, sauf le dissentiment de Duranton, suivi par Taulier; nous croyons qu'elle est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. En effet, le débiteur personnel à qui le juge a accordé un délai de grâce ne peut pas être poursuivi; donc le créancier ne peut pas lui faire de commandement; ce qui, d'après l'article 99 (code civil, art. 2169), empêche le créancier d'exercer son action hypothécaire contre le tiers détenteur. L'article 97 vient à l'appui de cette interprétation; il donne au tiers détenteur les *termes* et *délais* dont jouit le débiteur personnel; le mot *terme* implique une convention, le mot *délai* est celui dont se sert l'article 1244, qui permet au juge d'accorder des *délais* modérés au débiteur; donc le tiers détenteur doit jouir des mêmes délais. Cela est aussi fondé en raison. Tant que le délai de grâce n'est pas expiré, on peut espérer que le débiteur payera; donc tant qu'il ne peut pas être poursuivi, il serait contraire aux principes de poursuivre le tiers détenteur, celui-ci n'étant tenu que si le

débiteur personnel, après commandement, ne paye point. On objecte que c'est en considération de la position du débiteur que le juge lui a accordé un délai, par humanité et contre la rigueur du droit. Eh! qu'importe? Quel que soit le motif pour lequel le débiteur personnel ne peut être poursuivi, il ne peut y avoir de poursuite contre le tiers détenteur (1).

Par contre, il y a des cas dans lesquels le débiteur personnel est déchu du bénéfice du terme conventionnel, c'est quand il a fait faillite, ou que, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données au créancier. Le créancier peut poursuivre le débiteur et, par conséquent, lui faire commandement, quand il est déchu du bénéfice du terme. On demande s'il peut aussi faire sommation au tiers détenteur. D'après l'article 99 (code civil, art. 2169), l'affirmative n'est guère douteuse, car la dette devient exigible dès que le débiteur perd le bénéfice du terme. On objecte l'article 97 (code civil, art. 2167), qui donne au détenteur les termes et délais accordés au débiteur originaire; or, dans l'espèce, le débiteur jouissait d'un terme, le tiers détenteur doit donc aussi en jouir; si le débiteur en est déchu dans les cas prévus par l'article 1188, c'est par des causes qui lui sont personnelles et que, par conséquent, on ne peut pas opposer au tiers détenteur. On peut répondre qu'en cas de faillite tout espoir que le débiteur payera est perdu; donc le créancier doit avoir le droit d'agir hypothécairement contre le tiers détenteur; et s'il a ce droit dans l'un des cas prévus par l'article 1188, il est difficile de le lui refuser dans l'autre. L'esprit de la loi est en faveur de cette interprétation; dès que le créancier peut *commander* au débiteur de payer, il doit avoir le droit de *sommer* le tiers détenteur de payer ou de délaisser; car le tiers détenteur est tenu de payer hypothécairement, comme le débiteur est tenu de payer personnellement. Est-il vrai que le texte s'y oppose? Non; l'article 97 (code civil, article 2167) dit bien que le tiers détenteur jouit des termes

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 436, note 1, § 287, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.

et délais accordés au débiteur personnel, il ne dit pas qu'il en jouit malgré la déchéance du débiteur; quand celui-ci en est déchu, il n'y a plus de terme; donc le tiers détenteur ne peut pas l'invoquer. C'est l'opinion générale (1).

246. Le créancier a le droit de suite quel que soit le titre en vertu duquel le tiers détenteur possède le bien hypothéqué. C'est ce que dit l'article 96 (code civil, art. 2166) qui définit le droit de suite : le créancier suit l'immeuble *dans quelques mains qu'il passe*. Peu importe donc à quel titre le tiers détenteur ait acquis la propriété de la chose, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, que ce soit entre-vifs ou à cause de mort, pourvu qu'il ne soit pas soumis par son titre au payement des dettes, comme débiteur personnel; dans ce cas, il n'est plus tiers détenteur. Ainsi l'acheteur, l'échangiste, le donataire et le légataire à titre particulier sont les tiers détenteurs contre lesquels le créancier peut agir hypothécairement et qui, de leur côté, jouissent des droits et des exceptions que la loi accorde aux tiers détenteurs. Nous dirons plus loin quels sont les possesseurs qui sont tenus personnellement et contre lesquels, par conséquent, le créancier doit agir par voie d'action personnelle.

247. Le créancier a-t-il aussi le droit de suite quand le débiteur démembre la propriété de l'immeuble? En principe, oui, pourvu que le démembrement donne au tiers la détention de la chose, et que le droit en vertu duquel il la détient soit susceptible d'expropriation forcée. Il faut que le tiers *détienne* la chose, puisque le droit de suite s'exerce contre le tiers *détenteur,* à ce titre; s'il ne possède pas l'immeuble, il est impossible d'exercer une action contre l'immeuble dans la personne du possesseur. Il faut de plus que le droit en vertu duquel il possède soit susceptible d'être saisi et vendu, car tel est l'objet du droit de suite, comme le dit le premier article de notre chapitre; le créancier suit l'immeuble à l'effet de le faire vendre et d'être colloqué et payé suivant l'ordre de son inscription.

(1) Sauf le dissentiment de Duranton et de Taulier. Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 436, note 1, § 287. Comparez le t. XVII de mes *Principes*, n° 215.

Par application de ce principe, il faut décider que si le débiteur grève l'immeuble hypothéqué d'un droit d'usufruit, d'emphytéose ou de superficie, l'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire sont soumis au droit de suite. Ils possèdent la chose hypothéquée, et ils la possèdent en vertu d'un droit réel immobilier; ils sont donc tiers détenteurs; d'un autre côté, le droit en vertu duquel ils détiennent l'immeuble peut être saisi et vendu; ils sont donc sous l'empire du droit commun. On fait une objection en faveur du créancier. S'il a le droit de suite contre l'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire, il devra, pour l'exercice de son droit, intenter deux actions, l'une contre le débiteur nu propriétaire, action personnelle qui, à défaut de payement, se traduira en une saisie immobilière, et action contre le tiers détenteur, en vertu de son droit hypothécaire : n'est-ce pas porter atteinte à son droit? Il est certain que le débiteur ne peut, par aucun acte, diminuer ou altérer le droit du créancier hypothécaire; de là suit que si le démembrement de la propriété qu'il conserve cause un préjudice au créancier, celui-ci n'en tiendra aucun compte et poursuivra l'expropriation, comme s'il n'y avait pas d'usufruit, d'emphytéose, ni de superficie. C'est l'application des principes que la loi hypothécaire consacre dans son article 45; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur la restriction du droit de propriété qui résulte de la concession de l'hypothèque (1).

248. Ces principes ne reçoivent pas d'application aux droits d'usage et d'habitation, parce que ces droits ne peuvent pas être vendus, ni par conséquent saisis et expropriés. Comment, dans ce cas, le créancier exercera-t-il son droit hypothécaire? On suit toujours le principe qui défend au débiteur de compromettre en quoi que ce soit le droit du créancier hypothécaire; celui-ci exercera donc son droit sans tenir compte des concessions faites par le débiteur; il dirigera l'action contre le détenteur de la chose, mais l'expropriation se fera, non sur le détenteur, qui ne peut pas être exproprié, mais sur le propriétaire.

(1) Martou, t. III, p. 302, n° 1247.

Il en serait de même si le débiteur avait grevé l'immeuble d'une servitude. C'est un démembrement de la propriété, mais qui n'est pas susceptible du droit de suite. D'abord le propriétaire du fonds dominant ne possède pas le fonds servant, il n'est donc pas tiers détenteur, et, par conséquent, il ne peut être poursuivi hypothécairement. Conçoit-on qu'il délaisse un fonds qu'il ne détient pas? et qu'on nomme un curateur au fonds servant qui n'a pas cessé d'être occupé par le propriétaire? La servitude ne peut pas non plus être saisie et vendue séparément du fonds au profit duquel ou sur lequel elle est établie : car l'expropriation forcée suppose un concours d'enchérisseurs; or, la servitude, d'ordinaire, ne peut profiter qu'au fonds dominant, et elle ne peut grever que le fonds servant; que ferait de la servitude un adjudicataire qui ne serait propriétaire d'aucun des deux fonds? Les motifs pour lesquels une servitude ne peut être hypothéquée s'opposent aussi à ce que l'on exerce le droit de suite contre le propriétaire du fonds servant; nous renvoyons à ce qui a été dit sur les biens susceptibles d'hypothèque (1). Il faut donc dire des servitudes ce que nous venons de dire des droits d'usage et d'habitation; le débiteur n'a pas le droit d'entraver l'action hypothécaire du créancier en démembrant la chose hypothéquée par des concessions de droits réels qui ne donnent pas au créancier le droit de suite; la concession d'une servitude ne peut donc être opposée au créancier, et partant celui-ci exercera son action hypothécaire sans tenir compte de la servitude (2).

La question est néanmoins controversée. Comme l'opinion que nous soutenons est fondée sur des principes certains, consacrés par la loi (art. 45, et code civil, art. 2118), nous croyons inutile d'entrer dans ce débat (3).

249. Les baux consentis par le débiteur peuvent-ils être opposés au créancier hypothécaire qui poursuit l'expropriation de l'immeuble? Nous avons répondu à la question

(1) Montpellier, 17 décembre 1845 (Dalloz, 1847, 2, 57).
(2) Cologne, 29 mai 1845 (*Belgique judiciaire*, t. IV, p. 595).
(3) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, t. II, p. 470, nº 1116.

en expliquant l'article 45. Il ne peut jamais être question d'exercer le droit de suite contre le preneur; il n'a aucun droit réel dans la chose, il n'est donc pas tiers détenteur, dans le sens légal du mot (n° 247); reste à savoir si les baux sont valablement consentis. Notre loi hypothécaire décide la question en ce qui concerne la durée des baux; le silence de la loi, quant aux quittances anticipatives, donne lieu à des difficultés que nous avons examinées en expliquant l'article 45.

§ II. *Des conditions requises pour l'exercice du droit de suite.*

250. Le tiers détenteur a le droit de payer, dans les délais et sous les conditions que nous exposerons au chapitre qui traite de la matière. Il peut aussi éviter l'expropriation en payant les dettes hypothécaires, et alors même qu'il est poursuivi hypothécairement, il peut encore délaisser l'immeuble. Si le tiers détenteur n'use d'aucune de ces facultés, « chaque créancier hypothécaire a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage ». Ainsi la loi exige, comme préliminaires de la poursuite en expropriation, un commandement et une sommation. Dans l'ancien droit, le créancier devait commencer par agir contre le tiers détenteur pour le faire condamner à payer ou à délaisser. Cette action existe-t-elle encore dans notre droit moderne? La négative est enseignée par les auteurs, et la jurisprudence l'a consacrée par de nombreux arrêts, sauf une décision contraire de la cour de Bordeaux. Si ce n'était la puissance de la tradition dans notre science, on ne concevrait pas que la question eût été portée devant les tribunaux. Peut-on exiger une condition pour l'exercice du droit d'expropriation, sans avoir pour appui ni un texte ni un principe? Le texte dit que le débiteur qui ne purge pas demeure, *par l'effet seul des inscriptions hypothécaires*, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes. Donc l'effet seul des

inscriptions suffit; c'est-à-dire qu'il ne faut pas d action, et pourquoi en faudrait-il une? Il fallait une action dans l'ancien droit, parce que les hypothèques étaient occultes. Le tiers détenteur ignorait qu'il fût tenu des dettes hypothécaires; avant de le poursuivre, il fallait faire juger qu'il était assujetti aux poursuites du chef des hypothèques que le créancier alléguait et dont il devait prouver l'existence. Cette procédure devient inutile dans le système de publicité organisé par le code civil et complété par notre loi hypothécaire. Le tiers détenteur n'achète point sans consulter le registre du conservateur, et s'il est détenteur à titre gratuit, son premier soin sera de s'informer si l'immeuble est grevé d'inscriptions hypothécaires. A quoi bon une action quand la publicité en tient lieu? L'action serait frustratoire par cela seul qu'elle est inutile, et par conséquent les tribunaux devraient déclarer le créancier non recevable (1).

Il ne faut pas conclure de là que le créancier ne puisse pas agir contre le tiers détenteur en déclaration ou en reconnaissance de l'hypothèque. Cette action existait dans l'ancien droit, indépendamment de celle que le créancier devait former contre le tiers détenteur pour le faire condamner à payer ou à délaisser. Elle a un autre objet, et elle est encore nécessaire sous l'empire de notre législation nouvelle. L'hypothèque se prescrit par cela seul que le créancier n'agit pas contre le tiers détenteur, alors même que le créancier aurait conservé son action personnelle contre le débiteur; il est donc intéressé à interrompre la prescription en demandant une reconnaissance de son droit hypothécaire. Que l'on n'objecte pas que le créancier peut sommer le tiers détenteur de payer ou de délaisser. Cela suppose que la créance est exigible; si elle ne l'est pas, le créancier ne peut pas exercer le droit de suite; il a donc intérêt à exiger une reconnaissance de son droit.

251. La loi veut qu'un commandement soit fait au *débiteur originaire*. Qui est ce débiteur *originaire?* L'ex-

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 436, note 2, § 287, et les arrêts dans Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 1784 et 1785

pression suppose qu'il y a encore un autre débiteur que celui que le code appelle *originaire*. En effet, dans la fausse théorie de la loi, le tiers détenteur est aussi un débiteur, puisque, d'après l'article 97 (code civil, art. 2167), il est *obligé* à toutes les dettes hypothécaires et que, d'après l'article 98 (code civil, art. 2168), il est tenu de payer tous les intérêts et capitaux exigibles. Il y a donc deux débiteurs, un débiteur hypothécaire et un débiteur personnel; c'est celui-ci que la loi appelle débiteur *originaire*, parce que c'est dans sa personne que la dette a pris son origine. L'expression, en tant qu'elle suppose deux débiteurs, est inexacte; il n'y en a qu'un seul, celui qui a parlé au contrat; le tiers détenteur n'est pas tenu personnellement, donc il n'est pas débiteur; s'il peut être poursuivi, c'est uniquement parce qu'il détient l'immeuble hypothéqué à la dette. Aussi le créancier ne peut-il pas demander contre lui le payement de la dette, il a seulement le droit de saisir sur lui l'immeuble et de le faire vendre, pour être payé sur le prix, dans l'ordre de son inscription, et par préférence aux créanciers non hypothécaires.

C'est donc au débiteur personnel que doit se faire le commandement. La raison en est que toute saisie immobilière doit être précédée d'un commandement à la personne ou au domicile du débiteur; or, l'action hypothécaire du créancier tend à l'expropriation forcée, et elle y aboutit nécessairement dès que le tiers détenteur ne paye pas les dettes inscrites. Il est vrai que la loi sur l'expropriation forcée (du 15 août 1854, art. 14) suppose que la saisie est exercée contre le débiteur, tandis que le droit de suite s'exerce contre le tiers détenteur; pourquoi donc le créancier doit-il faire un commandement au débiteur personnel? Parce que celui-ci est intéressé à prévenir l'expropriation en payant les créanciers inscrits : s'il ne paye pas, la procédure aboutira à l'expropriation du tiers détenteur, et, par suite, à un recours en garantie contre le débiteur personnel; ce recours soumettra le débiteur à des dommages-intérêts qu'il est intéressé à prévenir, en payant, s'il en a les moyens (1).

(1) Martou, t. III, p. 315, nº 1260.

252. Dans quelles formes le commandement doit-il être fait? Le commandement est un préliminaire de la saisie, quoique l'expropriation se poursuive contre le tiers détenteur. C'est donc la loi de 1854 sur l'expropriation forcée qui doit recevoir son application (art. 14). L'article 2217 le dit en termes formels : « *Toute poursuite en expropriation d'immeubles* doit être précédée d'un commandement de payer, fait à la diligence et requête du créancier à la personne du débiteur ou à son domicile, par le ministère d'un huissier. Les *formes* du commandement sont réglées par les lois de procédure. » L'article 673 du code de procédure a été remplacé par l'article 14 de la loi du 15 août 1854. Nous n'entrons pas dans le détail de ces formes, la procédure étant étrangère à l'objet de notre travail; il y a un excellent commentaire de la loi de 1854 sur l'expropriation forcée, commencé par Martou et Vandenkerckhove, et continué par M. Waelbroeck notre regretté collègue.

253. La loi veut, en second lieu, que sommation soit faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage (art. 99; code civil, art. 2169). Cette disposition, qui reproduit celle du code civil, pourrait être mieux rédigée. La loi commence par dire que c'est faute par le tiers détenteur de payer ou de délaisser que tout créancier peut faire vendre l'immeuble sur lui, puis elle ajoute que cela ne peut se faire que trente jours après la sommation de payer ou de délaisser. C'est donc par le commandement suivi de la sommation que s'ouvre la procédure ; la sommation a pour objet de mettre le tiers détenteur en demeure de prendre un parti quelconque, soit de purger s'il est encore dans le délai prescrit par la loi nouvelle (art. 111), soit de payer ou de délaisser s'il veut éviter l'éviction ou l'expropriation (n° 238).

On demande pourquoi c'est par voie de *commandement* que le créancier interpelle le débiteur personnel, tandis que c'est par *sommation* qu'il constitue le tiers détenteur en demeure. C'est que le commandement exige un titre exécutoire; or, le créancier n'a de titre que contre son débiteur, il n'en a point contre le tiers déten-

teur, qui est étranger à la dette et qui n'est tenu qu'à raison de sa détention; il ne peut donc rien lui commander, il n'a que le droit de le mettre en demeure d'user des facultés que la loi lui accorde s'il veut éviter d'être évincé ou exproprié (1).

254. Dans quelle forme doit se faire la sommation? Du principe que la sommation n'est pas un commandement suit que les formes prescrites pour le commandement ne doivent pas être observées; la jurisprudence est en ce sens, et comme la question n'est pas douteuse, il suffit d'établir le principe; les détails appartiennent à la procédure (2). La sommation ne doit contenir que la mise en demeure de payer ou de délaisser. Encore ces termes ne sont-ils pas sacramentels. Il a été jugé que le créancier satisfait aux exigences de la loi par des mentions équipollentes, pourvu que le tiers détenteur soit dûment averti et connaisse d'une manière certaine la position qui lui est faite. Dans l'espèce, l'exploit portait qu'il « était fait sommation au tiers détenteur de notifier son titre d'acquisition et de se conformer à l'article 2183 (loi hyp., art. 110), sinon le requérant poursuivrait contre lui l'expropriation de cet immeuble ». C'était une sommation très-mal rédigée, car elle rappelait les formalités de la purge, qui n'ont rien de commun avec le droit de suite; mais il a semblé à la cour que l'exploit remplissait suffisamment le vœu de la loi : d'une part, la citation de l'article 2183 ne laissait aucun doute sur l'obligation de payer, et, d'autre part, la menace d'expropriation contient nécessairement la sommation de délaisser, puisque, à défaut de payement, le délaissement est le seul moyen pour le tiers détenteur d'éviter des poursuites directes en saisie immobilière (3). A quelles interprétations forcées les tribunaux doivent avoir recours parce qu'il plaît à ceux qui rédigent les actes de ne pas s'en tenir au texte de la loi!

255. A qui la sommation doit-elle être faite? Au tiers détenteur. La question de savoir qui est tiers détenteur

(1) Pont, t. II, p. 496, n° 1149. Martou, t. III, p. 317, n° 1264.
(2) Voyez les arrêts cités par Martou, t. III, p. 318, n° 1265.
(3) Metz, 17 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 2, 151).

donne lieu à des difficultés que nous examinerons en traitant du délaissement. Tant que l'héritier partiel n'a point payé sa part dans la dette, il est débiteur personnel; or, la sommation ne doit être adressée qu'au tiers détenteur, qui seul a le droit de délaisser; partant, le commandement qui doit être fait à l'héritier partiel comme débiteur suffit(1). Si la propriété est démembrée, il faut voir sur quoi porte l'hypothèque. On suppose que l'immeuble hypothéqué a été grevé d'un usufruit par le débiteur : la sommation devra être faite au tiers usufruitier et le commandement au débiteur, nu propriétaire; celui-ci étant tenu personnellement, il doit recevoir un commandement. Si la nue propriété et l'usufruit se trouvaient entre les mains de tiers, il faudrait une sommation au nu propriétaire et à l'usufruitier; car celui-ci ne peut pas délaisser la chose sans le concours du nu propriétaire, lequel seul a capacité d'aliéner (art. 100; code civil, art. 2172) (2).

256. Le commandement doit-il précéder la sommation? Il y a controverse sur ce point et quelque doute. Le texte paraît exiger que le créancier fasse d'abord un commandement au débiteur et puis une sommation au tiers détenteur. Tout le monde convient que cette manière de procéder est la plus rationnelle. Il est vrai que la procédure est dirigée contre le tiers détenteur, parce que c'est lui qui est propriétaire et c'est lui qui va être exproprié; mais c'est précisément pour éviter cette expropriation que la loi exige un commandement au débiteur; si celui-ci paye sur le commandement qui lui est fait, il n'y a pas lieu de poursuivre le tiers détenteur. La seule difficulté est de savoir si le commandement fait après la sommation serait nul. On répond communément que le texte n'est pas assez explicite pour que l'on en puisse induire une nullité que la loi ne prononce pas en termes formels. MM. Aubry et Rau ont répondu à l'objection, et, à notre avis, leur réponse est péremptoire. D'après l'article 2183 (loi hyp., art. 110), le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger trente jours à comp-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 437, note 5, et les autorités qu'ils citent.
(2) Pont, t. II, p. 497, n° 1151, et les autorités qu'il cite.

ter de la sommation qui lui a été faite; et c'est parce qu'il a encouru cette déchéance que l'article 2169 (loi hyp., art. 99) permet à chaque créancier de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué. Si le commandement pouvait se faire après la sommation, voici la conséquence qui en résulterait. La sommation conserve son effet pendant trois ans, comme nous allons le dire; pendant ces trois ans, le créancier pourrait faire commandement au débiteur; celui-ci serait donc déchu de la faculté de purger longtemps avant que les créanciers aient le droit de le poursuivre par voie de saisie; ce qui est contraire au texte comme à l'esprit des articles 2169 et 2183 combinés. L'article 2176 fournit un autre argument dans le même sens. D'après cette disposition (loi hyp., art. 104), les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur aux créanciers hypothécaires qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser; dans l'opinion que nous combattons, le tiers détenteur perdrait donc son droit de jouissance avant que le commandement eût été fait au débiteur, c'est-à-dire avant que les créanciers aient le droit de procéder à la saisie; or, l'immobilisation des fruits est un effet de la saisie, et l'effet ne peut pas exister avant la cause. Cela prouve que, dans le système du code, qui est aussi celui de la loi belge, le commandement doit précéder la sommation. Il y a donc des textes précis qui impliquent cette marche de procéder et qui confirment l'interprétation que l'on donne à l'article 99 (code civil, art. 2169) (1).

257. D'après le code de procédure (art. 674), le commandement est frappé de péremption s'il n'a pas été mis à exécution dans les quatre-vingt-dix jours de sa date; la loi belge du 15 août 1854 a porté ce délai à six mois (art. 17). On demande s'il en est de même du commandement adressé au débiteur, dans le cas où la poursuite est dirigée contre le tiers détenteur. Il y a un motif de douter, c'est que le code de procédure suppose que la poursuite est dirigée contre le débiteur; tandis que, dans le cas de l'ar-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 437, note 6, § 287, et, en sens divers, les autorités qu'ils citent.

ticle 99 (code civil, art. 2169), le débiteur reste en dehors de la poursuite, il est seulement averti par le commandement que le tiers acquéreur auquel il a vendu l'immeuble hypothéqué va être exproprié. La chambre civile de la cour de cassation répond très-bien à l'objection, et la chambre des requêtes, qui avait d'abord écarté le code de procédure, a fini par se rallier à la jurisprudence qui déclare applicable au droit de suite le délai général prescrit pour la péremption du commandement. Le code civil se borne à déterminer les règles d'après lesquelles le créancier hypothécaire peut poursuivre l'exercice de son droit contre le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge; c'est le code de procédure qui règle la forme tant des actes de poursuite que des actes préliminaires et qui détermine la durée du temps pendant lequel ces actes produisent leurs effets. Il n'en serait autrement que si le code civil contenait un système complet sur les formes à suivre en cas de poursuite contre le tiers détenteur. Loin de là, l'article 2169 (loi hyp., art. 99) donne seulement aux créanciers le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur, sans dire un mot des formes à suivre; vient ensuite, au titre de l'*Expropriation forcée*, l'article 2217, qui reproduit, en termes généraux, la disposition de l'article 2169 en portant que les formes du commandement et celles de la poursuite sur l'expropriation sont réglées par la loi sur la procédure. C'est donc dans le code de procédure qu'il faut chercher la solution de notre question. Or, les articles 673 et 674 (art. 17 de la loi du 15 août 1854) sont conçus dans les termes les plus généraux; ils s'appliquent à toutes poursuites de saisie immobilière, sans distinguer si elles sont dirigées contre le débiteur resté propriétaire de l'immeuble par lui hypothéqué, ou si elles sont exercées contre un tiers détenteur qui ne s'est pas obligé au payement de la dette; ce serait donc introduire dans la loi une distinction arbitraire que de restreindre l'application des articles précités aux seules poursuites dirigées contre le débiteur de la dette hypothéquée (1).

(1) Rejet, chambre civile, 14 mai 1839, et Rejet, 16 mai 1843, sur les

L'argumentation, au point de vue des textes, ne laisse rien à désirer. On a prétendu que l'effet du commandement, dans le cas de l'article 99 (code civil, art. 2169), durait aussi longtemps que l'action qui lui sert de base. Cette doctrine est aussi contraire aux principes qu'aux textes. Le créancier hypothécaire n'a pas deux droits distincts, l'un contre le débiteur personnel, l'autre contre le tiers détenteur; il n'a qu'un seul et même droit dans la chose hypothéquée pour la garantie de sa créance; son droit ne change donc pas de nature selon qu'il l'exerce contre le tiers détenteur ou contre le débiteur; la personne de celui contre lequel il agit est indifférente, car l'action se poursuit contre la chose. Si son droit est identique, les conditions prescrites pour l'exercice du droit doivent aussi être les mêmes. Pourquoi le commandement, dans le cas de l'article 99 (code civil, art. 2169), produirait-il ses effets tant que dure l'action, alors que le commandement, en général, se périme après le court délai de six mois (ou trois mois d'après le code de procédure)? Ce serait une anomalie inexplicable (1).

238. Quand la sommation est-elle périmée? Sur ce point, il y a également controverse. La loi ne décide pas la question en termes formels. Toutefois il y a une disposition qui laisse peu de doute, c'est l'article 2176, reproduit par notre loi hypothécaire (art. 104). Après avoir dit que le tiers détenteur doit les fruits à compter du jour de la sommation de délaisser ou de payer, l'article 104 ajoute : « Et si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite. » Si, après trois ans, il doit être fait une nouvelle sommation, ce ne peut être que parce que la première a perdu ses effets. C'est dire qu'elle est périmée. On s'est attaché à la lettre de la loi pour en induire qu'il y a péremption quant aux fruits après trois ans, tandis que la sommation subsisterait quant aux autres effets. Cela serait

conclusions de Delangle (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1809, 3° et 5°). Comparez Aubry et Rau, t. III, p 439, note 4, § 287, et les autorités qu'ils citent.

(1) Martou, t. III, p. 316, n° 1263.

admissible s'il y avait un motif de scinder les effets de la sommation, mais on chercherait vainement une raison qui explique cette anomalie; il faut donc admettre que la sommation est périmée pour le tout (1).

Dans l'opinion contraire, on se divise. Il a été jugé que la sommation conserve ses effets pendant trente ans ; d'autres arrêts l'ont limitée à quatre-vingt-dix jours, en appliquant à la sommation l'article 674 du code de procédure. Cette dernière opinion confond deux actes essentiellement différents, le commandement fait au débiteur et la sommation faite au tiers détenteur. Et la première ne tient aucun compte de l'esprit de la loi, elle limite les effets du commandement à un terme très-court; si elle étend jusqu'à trois ans l'effet de la sommation en ce qui concerne les fruits, il y aurait une anomalie inexplicable de l'étendre jusqu'à trente ans quant au droit de saisie (2).

259. Le commandement s'adresse au débiteur personnel. Est-ce à dire que le tiers détenteur ne puisse pas se prévaloir du défaut de commandement, de la nullité ou de la péremption de cet acte préliminaire de l'expropriation? Il est certain que s'il n'y a pas de commandement, il ne peut pas y avoir de vente forcée de l'immeuble; et le tiers détenteur a intérêt et droit à se prévaloir de l'inobservation de la loi, car elle tend à prévenir l'expropriation dont il est menacé; il est donc intéressé à ce que le débiteur soit mis en demeure de payer. Il peut également opposer la péremption du commandement, car un acte périmé est censé n'avoir pas été fait; si le créancier est obligé de recommencer la procédure, il doit s'en prendre à sa négligence. En est-il de même de la nullité du commandement? La cour de cassation, tout en accordant au tiers détenteur le droit d'opposer la nullité du commandement, y apporte une restriction. Elle pose en principe que le tiers détenteur a droit et intérêt à exciper, pour faire prononcer la nullité des poursuites dirigées contre lui, des vices qui entachent le commandement, lorsque le vice tient à la substance de

(1) Martou, t. III, p. 319, nº 1266. Pont, t. II, p. 497, nº 1150. Aubry et Rau, t. III, p. 439, note 12, § 287.
(2) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 439, note 12.

l'acte; la cour entend par là les formalités prescrites par la loi, pour assurer, autant que possible, la remise à la personne du débiteur. Tel était le vice, dans l'espèce; le domicile du débiteur personnel était inconnu, et l'huissier n'avait pas fait la notification de l'acte conformément aux règles tracées pour l'assignation de ceux qui n'ont pas de domicile connu (1). La distinction que fait la cour entre les diverses formalités dont l'inobservation entraîne la nullité du commandement est subtile, mais elle nous paraît juridique. En général, c'est celui auquel un acte est notifié qui seul peut se prévaloir de la nullité résultant de l'inobservation des formes légales; le tiers détenteur ne peut donc invoquer la nullité du commandement que s'il y a intérêt, et il n'y est intéressé que pour ce qui concerne la remise du commandement au débiteur; les autres vices lui sont étrangers, c'est au débiteur de les faire valoir; s'il ne les oppose pas, c'est qu'il se croit suffisamment averti; dès lors le but du commandement est atteint en ce qui concerne le tiers détenteur (2).

Dans les espèces jugées par les cours d'appel, il y avait toujours intérêt pour le tiers détenteur. Ainsi il peut opposer la nullité du commandement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir; dans ce cas, le débiteur n'a pas été averti légalement et n'a pas été mis à même de prévenir l'expropriation en payant (3).

260. Quel est l'effet de la sommation quant au tiers détenteur? Il est sommé de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage (art. 99; code civil, art. 2169). En faut-il conclure qu'il ne peut plus purger? La loi répond à la question, au chapitre de la *Purge;* aux termes de l'article 110 (code civil, art. 2180), le tiers acquéreur peut encore purger « dans les trente jours au plus tard à compter de la première sommation qui lui est faite ». Purger est un droit pour le tiers détenteur, aussi bien que payer ou délaisser; or, le tiers détenteur conserve tous ses droits

(1) Rejet, 18 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 241). Comparez Pont, t. II, p. 495, n° 1148, et les auteurs qu'il cite.
(2) Aubry et Rau rejettent la distinction (t. III, p. 439, note 13, § 287).
(3) Nîmes, 6 juillet 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1804, 1°).

après la sommation, il est seulement mis en demeure de les exercer. Les poursuites de la saisie ne peuvent commencer qu'après l'expiration du délai de trente jours. Après ce délai, chaque créancier a droit, dit l'article 99 (code civil, art. 2169), de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué. Quand le délai commence-t-il à courir? La loi répond : « Après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur. » Cela ne veut pas dire trente jours après le commandement; de sorte que la sommation pourrait toujours se faire utilement, même à la veille de la saisie, ce qui serait absurde, la sommation ayant pour objet de laisser un délai moral au tiers détenteur pour délibérer sur le parti qu'il prendra : purger, payer ou délaisser. Le mot *après* se rapporte donc à la sommation qui doit être faite après le commandement. Peu importe au tiers détenteur quand le commandement se fait, car ce n'est pas à lui qu'il est adressé, il est mis en demeure par la sommation; partant il doit avoir trente jours pour délibérer à compter de la sommation (1).

261. Comment compte-t-on le délai de trente jours? Le premier jour, celui où la sommation est faite, n'est pas compris dans le délai, puisque la loi dit que les créanciers peuvent faire vendre l'immeuble trente jours *après* le commandement fait au débiteur; les trente jours doivent donc être complets; ce qui exclut le jour de la sommation. Quant au dernier jour, il est exclu, en ce sens que les créanciers ne pouvant pas commencer la poursuite le trentième jour, ce jour appartient encore au tiers détenteur; ils ne pourront saisir l'immeuble que le lendemain du trentième jour (2).

262. Le tiers détenteur peut purger, payer ou délaisser. S'il n'use d'aucune de ces facultés, les créanciers ont le droit de le poursuivre hypothécairement; mais ils ne peuvent pas le faire condamner personnellement, puisqu'il n'est pas débiteur personnel (3). La loi consacre un chapitre spécial à la purge. Nous n'avons à traiter que de la faculté de

(1) Pont, t. II, p. 497, n° 1152.
(2) Martou, t. III, p. 320, n° 1269. Pont, t. II, p. 498, n° 1153, et les auteurs en sens divers qu'il cite.
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 440 et note 16, § 287.

payer les dettes hypothécaires et du délaissement. Avant tout, il faut voir si le tiers détenteur a des exceptions à opposer aux créanciers qui le poursuivent.

§ III. *Des exceptions qui appartiennent au tiers détenteur.*

263. Dans l'ancien droit, on accordait de nombreuses exceptions au tiers détenteur. La raison en était dans la clandestinité des hypothèques; le tiers détenteur achetait dans l'ignorance des charges hypothécaires qui grevaient l'immeuble, système détestable qui faisait des transactions immobilières un contrat aléatoire; on vint au secours des tiers acquéreurs en leur prodiguant des exceptions. Mieux valait les avertir par la publicité donnée aux priviléges et aux hypothèques, en les laissant dans le droit commun quant aux exceptions. C'est ce qu'a fait le code civil, et, d'une manière plus complète encore, la loi belge.

D'après le code civil, le tiers détenteur jouissait du bénéfice de discussion; il pouvait s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué s'il était demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal débiteur et en requérir la discussion préalable; pendant cette discussion, il était sursis à la vente du bien hypothéqué. L'exception de discussion ne pouvait être opposée au créancier qui avait un privilége ou une hypothèque spéciale sur l'immeuble (art. 2170 et 2171). Cette exception n'a pas été maintenue par la loi belge; elle n'avait plus de raison d'être dans un système qui abolit les hypothèques générales. Il ne reste qu'une hypothèque générale, celle qui est établie sur les biens des comptables au profit de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics. Les auteurs de la loi ont pensé que cette hypothèque méritait assez de faveur pour ne pas la restreindre par le bénéfice de discussion (1). Il fallait dire plus; c'est que le bénéfice est une dérogation au droit du créancier qu'aucun principe ne justifie. Celui qui a une

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 57).

hypothèque sur tous les immeubles du débiteur peut poursuivre hypothécairement chacun de ces immeubles comme il l'entend; c'est une conséquence de l'indivisibilité de son droit. Or, l'aliénation que le débiteur fait de l'un des immeubles hypothéqués ne porte aucune atteinte au droit du créancier; il peut, par conséquent, agir contre le tiers acquéreur, sans que celui-ci puisse le renvoyer à discuter les autres immeubles hypothéqués. Si l'ancien droit lui donnait le bénéfice de discussion, c'est par une suite de la faveur qu'il témoignait au tiers détenteur; cette faveur, qui s'explique sous le régime de la clandestinité, n'a plus de raison d'être sous le régime de la publicité (1).

264. Le tiers détenteur est en tout soumis au droit commun; il ne peut opposer aux créanciers que les exceptions qui découlent des principes généraux de droit. Telle est l'exception de garantie. L'action des créanciers contre le tiers détenteur tend à l'exproprier, donc à l'évincer; or, celui qui doit garantie ne peut pas évincer. Si le créancier poursuivant était devenu héritier du vendeur, il serait repoussé par l'exception de garantie : étant obligé de garantir le tiers détenteur contre l'éviction, il ne peut l'évincer lui-même.

265. Dans l'ancien droit, le tiers détenteur avait l'exception de *priorité d'hypothèque*, c'est-à-dire que s'il avait lui-même, soit de son chef, soit par subrogation, une hypothèque antérieure à celle du créancier poursuivant, il pouvait s'opposer aux poursuites dirigées contre lui, par le motif que la poursuite était inutile et frustratoire, au moins dans le cas où sa créance absorbait la valeur de l'immeuble. Cette exception dérogeait au droit strict du créancier; son hypothèque lui donne le droit d'exproprier le détenteur de l'immeuble hypothéqué, sans distinction, quel que soit le rang de son inscription : *chaque créancier hypothécaire*, dit l'article 99 (code civil, art. 2169), a droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur. Vainement objecterait-on au créancier poursuivant qu'il ne sera pas colloqué

(1) Martou, t. III, p. 324, n° 1274, et les rapports faits en France sur le projet de loi hypothécaire par Persil et Vatimesnil.

en ordre utile, la créance du tiers détenteur absorbant la valeur de l'immeuble hypothéqué. C'est une objection d'équité, et l'équité ne peut pas l'emporter sur le droit. Même au point de vue de l'équité, on peut répondre que le créancier postérieur en hypothèque a intérêt à provoquer la vente de l'immeuble hypothéqué, puisqu'on ne sait pas d'avance à quel prix sera porté l'immeuble mis aux enchères publiques. La circonstance que c'est le tiers détenteur lui-même qui est créancier antérieur avait engagé la cour de Rouen à lui accorder une exception contre le créancier poursuivant; l'arrêt a été cassé, et il devait l'être. Le droit de tout créancier hypothécaire de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur est absolu; la loi n'y déroge point dans le cas où le tiers détenteur serait créancier lui-même et antérieur en rang; et il ne peut pas y avoir d'exception sans texte. A plus forte raison, le tiers détenteur ne peut-il pas se prévaloir contre le créancier poursuivant de ce que d'autres créanciers auraient sur l'immeuble une hypothèque antérieure; ce serait invoquer le droit d'un tiers, et cela dans un cas où le tiers lui-même n'a aucun droit à opposer au créancier poursuivant (1).

Ces solutions sont incontestables au point de vue des textes et des principes. Toutefois il reste une objection contre la loi elle-même. Le créancier antérieur peut avoir intérêt à empêcher la vente quand elle est poursuivie dans un moment où la valeur des propriétés a baissé, parce qu'il risque, dans ce cas, de n'être pas payé intégralement. La loi devrait lui donner un moyen d'empêcher une vente qui ne peut profiter à personne : ce moyen serait de lui accorder la subrogation au créancier postérieur qu'il désintéresserait. Par là on concilierait tous les droits et tous les intérêts. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que la loi ne permet pas cette subrogation, et l'interprète ne peut pas corriger la loi en donnant au tiers détenteur des exceptions qu'elle ignore.

266. On a imaginé un autre moyen également extra-

(1) Cassation, 10 février 1818 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1755). Comparez Martou, t. III, p. 321, n° 1272; Pont, t. II, p. 492, n° 1143; Aubry et Rau, t. III, p. 443, notes 27 et 29, § 287.

légal de donner satisfaction aux intérêts du tiers détenteur, créancier hypothécaire, et au droit du créancier qui poursuit l'expropriation de l'immeuble, c'est d'obliger celui-ci de fournir caution que l'immeuble sera porté à un prix assez élevé pour que le droit du tiers détenteur ne soit pas compromis. On dirait vraiment que les interprètes sont des législateurs, et qu'il leur appartient de prescrire des conditions pour l'exercice d'un droit que la loi accorde sans condition aucune! Grenier et Troplong invoquent l'ancien droit. Ont-ils oublié que l'ancien droit est abrogé et qu'on ne peut l'invoquer, quelque équitable qu'il soit, contre le code civil, en exigeant du créancier poursuivant une caution que la loi ne permet point de lui demander? Pothier lui-même avouait que l'exception de caution était contraire à la rigueur du droit; mais l'équité, dit-il, s'oppose à ce qu'un créancier hypothécaire use de son droit, alors qu'il n'en peut tirer aucun avantage et que son action n'aura d'autre résultat que celui de faire des frais inutiles. Cette considération, toute-puissante pour des jurisconsultes qui avaient le droit de décider en équité, n'est d'aucune autorité pour les auteurs modernes qui sont enchaînés par des textes, et qui, en restreignant le droit par l'équité, violent la loi : le mot est de Martou, et il est juste (1).

267. L'article 2037 porte que « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ». On demande si le tiers détenteur peut opposer cette exception au créancier qui le poursuit. Cette question a été vivement controversée; la jurisprudence a fini par se prononcer pour la négative. A notre avis, cette solution n'est pas douteuse (2). Le tiers

(1) Martou, t III, p. 322, n° 1272, et, en sens divers, les auteurs qu'il cite. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Pont, t. II, p. 492, n° 1143.

(2) Dupret, notre regretté collègue de l'université de Liége, a établi les vrais principes en cette matière (*Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 401 et 505). Mourlon a adopté son opinion (*Traité des subrogations*, p. 528). Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau t. III p. 444, note 30. § 287, qui enseignent l'opinion consacrée par la jurisprudence, ainsi que Martou et Pont.

détenteur ne peut pas se prévaloir de l'article 2037, parce que l'exception établie par cet article concerne uniquement la caution, et le tiers détenteur n'est pas une caution. L'argument de texte suffirait pour décider la controverse si les interprètes avaient plus de respect pour le texte, mais ils cherchent mille moyens d'y échapper quand il contrarie leur opinion. Il nous faut donc voir si l'on peut étendre, par analogie, au tiers détenteur ce que la loi dit de la caution. Les auteurs aiment à invoquer l'esprit de la loi contre le texte. Dans l'espèce, la volonté du législateur s'oppose à toute interprétation extensive. Pourquoi la caution est-elle déchargée quand le créancier a, par son fait, empêché la subrogation de la caution à ses droits? C'est une conséquence du contrat qui intervient entre la caution et le créancier. La caution s'oblige pour la dette d'un tiers, parce qu'elle compte sur les garanties qui sont attachées à la créance et auxquelles elle est subrogée en vertu de la loi; elle s'oblige donc sous la condition de cette subrogation; si, par le fait du créancier, la subrogation est impossible, le contrat est rompu; la condition sous laquelle la caution s'était obligée faisant défaut, son obligation cesse. Voilà l'exception consacrée par l'article 2037; elle implique l'existence d'un contrat qui stipule la subrogation, au moins implicitement. Est-ce qu'il intervient entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires un contrat par lequel le premier s'oblige à payer sous la condition qu'il sera subrogé aux droits des créanciers? La question n'a point de sens, car le tiers détenteur n'est pas obligé envers les créanciers, sans cela il ne serait pas un tiers à la dette. Donc la raison sur laquelle se fonde l'exception de l'article 2037 est étrangère au tiers détenteur; il n'y a aucun lien juridique entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires; ils restent sous l'empire du droit commun, en ce sens que les créanciers sont libres de faire ce qu'ils ont le droit de faire. On suppose qu'il y a d'autres garanties attachées à leur créance, des hypothèques auxquelles ils ont renoncé, ou qu'ils n'ont pas conservées. C'est leur droit, il résulte de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ils peuvent exercer leur action hypothécaire

sur l'un des immeubles hypothéqués et ne pas l'exercer sur l'autre; ils peuvent renoncer à une partie de leur droit ou le laisser périr; ils usent de leur droit sans léser un droit des tiers détenteurs, car ceux-ci n'ont pas de droit contre les créanciers hypothécaires. Vainement dirait-on que le tiers détenteur est subrogé aux droits du créancier, comme l'est la caution, en vertu de la loi; qu'il doit, par conséquent, avoir le même droit si le créancier rend cette subrogation impossible. Nous avons d'avance répondu à l'objection. Si la caution est déchargée quand, par le fait du créancier, la subrogation ne peut plus s'opérer en sa faveur, c'est que cette subrogation est la condition sous laquelle elle s'est obligée envers le créancier; le créancier, en empêchant la subrogation, rompt le contrat; or, le tiers détenteur ne peut pas dire que le créancier a rompu le contrat, puisqu'il n'y a point de contrat entre eux.

On invoque encore en faveur du tiers détenteur une considération d'équité. S'il n'est pas intervenu de convention entre lui et les créanciers poursuivants, il n'en a pas moins compté sur la subrogation pour l'indemniser de la perte qu'il éprouvera en cas d'éviction; il est donc lésé par le fait du créancier qui rend la subrogation impossible. N'est-il pas juste que le créancier répare le préjudice qu'il cause au tiers acquéreur? Même au point de vue de l'équité, le tiers détenteur est sans droit, par la raison que la loi lui donne un moyen de sauvegarder ses intérêts. En remplissant les formalités de la purge, il se met à l'abri de tout préjudice; si donc il est exproprié et lésé, c'est à sa négligence qu'il doit s'en prendre. Sous ce rapport encore, il y a une différence essentielle entre le tiers détenteur et la caution. Celle-ci n'a qu'une seule garantie, c'est la subrogation; aussi ne s'est-elle obligée que sous la condition d'être subrogée aux droits du créancier; de plus, elle s'est obligée pour rendre un service; l'équité exige donc aussi bien que le droit qu'elle soit déchargée quand la seule garantie qu'elle a lui est enlevée par le créancier. Il n'en est pas de même du tiers détenteur; la loi a organisé en sa faveur un moyen spécial d'effacer les hypothèques et les priviléges en vertu desquels il pourrait être évincé : qu'il en

use! Il va sans dire que, si le créancier agissait par dol ou par fraude, le tiers détenteur aurait une action contre lui; ce serait un délit, et toute personne répond de son délit. La cour de cassation a fait cette réserve dans les excellents arrêts qu'elle a rendus en cette matière (1); la réserve était même inutile, puisque le dol fait exception à toute règle.

268. Il y a des auteurs qui accordent au tiers détenteur le droit d'arrêter les poursuites dirigées contre lui, quand il a fait des impenses nécessaires ou utiles, en ce sens qu'il peut retenir l'immeuble jusqu'au remboursement de ces dépenses. A notre avis, il n'a pas le droit de rétention; nous reviendrons sur la difficulté, en traitant du délaissement.

269. La jurisprudence accorde au tiers détenteur le droit de mettre en cause les détenteurs des autres immeubles hypothéqués à la même dette, dans le but de les faire condamner à contribuer au payement de la dette. Ce droit est très-bien établi par un arrêt de la cour de Douai. Quand il y a plusieurs détenteurs d'immeubles affectés à la garantie de la même créance, le créancier peut, à la vérité, poursuivre l'un des détenteurs pour toute la dette, et celui-ci doit la payer tout entière en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque. Mais, en payant la dette, il est subrogé au droit du créancier contre les autres détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette; en définitive, la charge hypothécaire, grevant, à titre égal, plusieurs immeubles, doit être supportée par tous. Pour éviter un circuit inutile d'actions, il est plus simple que le détenteur poursuivi mette les autres détenteurs en cause, afin que le tribunal fixe la part contributoire de chacun dans la dette (2). Le droit que la jurisprudence accorde aux créanciers n'est donc que le règlement du recours en garantie qui leur appartient, soit

(1) Nous ne citons que les derniers arrêts de la cour de cassation; ils sont très-bien motivés. Rejet de la chambre civile, 22 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 5). Cassation, 17 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 97). Cassation, 18 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 34). Le dernier arrêt d'appel est conforme. Caen, 26 novembre 1870 (Dalloz, 1873, 2, 181).

(2) Douai, 27 mai 1840; Angers, 10 mars 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1980).

qu'ils payent la dette, soit qu'ils se laissent exproprier. Il ne faudrait pas en induire que la dette hypothécaire se divisera entre le détenteur poursuivi et les autres détenteurs; cela serait contraire au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque; le créancier a le droit de poursuivre pour le tout l'un des détenteurs, et celui-ci doit payer toute la dette, soit directement, soit en délaissant ou en se laissant exproprier; en toute hypothèse, il a son recours, et c'est ce recours qu'il peut faire régler quand il est poursuivi.

§ IV. *Du payement des dettes par le tiers détenteur.*

270. Aux termes de l'article 97 (code civil, art. 2167), le tiers détenteur qui ne purge pas demeure obligé à toutes les dettes hypothécaires. Nous avons dit que payer les dettes n'est pas une obligation, que c'est une faculté que la loi donne au tiers détenteur qui veut conserver l'immeuble hypothéqué; en payant les dettes hypothécaires, il éteint les hypothèques qui grèvent le bien; par suite, les créanciers n'ont plus aucune action contre lui, car ils ne sont plus créanciers. En quelle qualité le tiers détenteur paye-t-il les dettes? Est-ce comme tiers détenteur, ou est-ce comme débiteur? Il importe de bien formuler le principe, parce qu'il sert à décider des questions controversées. Les auteurs disent que le tiers détenteur qui prend le parti d'acquitter intégralement les dettes se substitue au débiteur personnel; ce qui semble dire que ses droits et ses obligations sont ceux du débiteur dont il prend la place. L'article 97 (code civil, art. 2167) paraît conçu en ce sens, car il ajoute que le tiers détenteur jouit, en ce cas, des termes et délais accordés au débiteur originaire; la loi assimile donc le tiers détenteur au débiteur. En payant pour se soustraire aux poursuites du créancier, le tiers détenteur, dit-on, se substitue pleinement au débiteur principal; de sorte que, par rapport au créancier, les choses se passent absolument comme si l'immeuble n'avait pas changé de mains. C'est dire que les rapports du tiers détenteur avec le créancier sont ceux d'un débiteur personnel (1).

(1) Martou, t. III, p. 305, n° 1251. Pont, t. II, p. 486, n° 1132.

Nous croyons que cette formule n'est pas exacte et qu'elle dépasse même la pensée des auteurs auxquels nous l'empruntons. Tout en disant que le tiers détenteur demeure obligé au payement des dettes, le code ne le qualifie jamais de débiteur ; l'article même qui est le siége du débat (97; code civil, art. 2167) porte qu'il est obligé, comme *détenteur*, à toutes les dettes hypothécaires, ce qui implique qu'il paye sans être tenu personnellement. La loi se garde bien de dire, comme le font les auteurs, que le tiers détenteur se substitue pleinement au débiteur principal; si elle lui accorde les termes dont le débiteur jouissait, la raison en est que l'aliénation de l'immeuble hypothéqué ne rend pas la dette exigible, et le créancier hypothécaire ne peut avoir contre le tiers détenteur un droit qu'il n'avait point contre le débiteur personnel; ce n'est donc pas parce que le tiers détenteur prend la place du débiteur qu'il jouit des termes, c'est parce que la dette reste ce qu'elle était. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur la véritable situation du tiers détenteur qui paye les dettes hypothécaires. Il les paye sans y être obligé; cela suffit pour écarter toute idée de débiteur personnel; le détenteur reste ce qu'il était, tiers quant à la dette; il la paye pour conserver l'immeuble, en empêchant l'expropriation. L'effet de ce payement est bien différent de celui que fait le débiteur. Quand le débiteur paye, la dette est définitivement éteinte; quand le tiers détenteur paye, il est subrogé aux droits des créanciers qu'il désintéresse; les dettes subsistent, en sa faveur, avec les garanties qui y sont attachées : il devient créancier. Il est donc impossible qu'il ait payé comme débiteur, ou comme substitué au débiteur; il ne paye pas comme débiteur, il paye pour le débiteur. Tel est le vrai principe; nous dirons plus loin les conséquences qui en découlent.

271. En quel sens le tiers détenteur jouit-il des termes et délais accordés au débiteur personnel? Nous avons d'avance répondu à la question (n° 245). Le droit du créancier hypothécaire reste, après l'aliénation de l'immeuble, ce qu'il était avant; il n'acquiert pas un nouveau débiteur, il peut seulement poursuivre la dette hypothécairement contre le détenteur de l'immeuble affecté à la sûreté de sa

créance; et ce que le créancier peut demander par la voie de l'action hypothécaire, le détenteur a le droit de le lui payer, afin d'éteindre cette action. Il ne faut donc pas dire que le tiers détenteur jouit des termes parce qu'il prend la place du débiteur et qu'il lui est entièrement substitué; il jouit des termes parce qu'il paye comme tiers détenteur, pour se libérer des poursuites hypothécaires, et ces poursuites supposent une dette exigible (art. 99; code civil, art. 2169) : c'est dans la personne du créancier que se trouve la raison de décider, ce n'est pas dans la personne du tiers détenteur.

272. Que doit payer le tiers détenteur? L'article 98 (code civil, art. 2168) répond qu'il doit payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter. Pourquoi doit-il payer les dettes intégralement? C'est parce qu'il est tenu de payer ce que le créancier a le droit de poursuivre contre lui en vertu de son droit hypothécaire; or, l'hypothèque garantit toute la dette, il n'y a pas à considérer quelle est la valeur du bien possédé par le tiers détenteur, ni s'il possède tous les biens affectés au payement de la créance; l'action hypothécaire est indivisible, et c'est en vertu du droit hypothécaire que le tiers détenteur est poursuivi; s'il paye, c'est pour s'affranchir de cette poursuite. Mais pour que le tiers détenteur doive payer la dette, il faut qu'elle soit inscrite; c'est, dit l'article 97 (code civil, art. 2167), par l'effet des inscriptions qu'il est tenu, ce n'est pas comme débiteur. En ce sens, ses obligations sont moins étendues que celles du débiteur personnel. Le tiers détenteur est tenu des charges hypothécaires, et il n'y a de charges hypothécaires que celles qui sont inscrites. Il n'est donc pas exact de dire que le tiers détenteur doit, comme bien-tenant et à raison de sa détention, payer ce que le débiteur personnel devrait payer (1). Le débiteur doit payer toute la dette et tous les accessoires de la dette, en vertu de l'obligation personnelle qu'il a contractée, quand même le créancier n'aurait pas pris inscrip-

(1) Pont, t. II, p. 485, nº 1130.

tion, tandis que le tiers détenteur n'est tenu qu'en vertu de l'inscription; une dette non inscrite n'est pas une charge hypothécaire, et le tiers détenteur n'est tenu qu'hypothécairement.

273. Cela est d'évidence quant aux capitaux. La question ne se présente que pour les accessoires. On dit d'ordinaire que le tiers détenteur doit acquitter les dettes hypothécaires en capitaux et accessoires. Cela est trop absolu; il faut ajouter que les accessoires, de même que les capitaux, doivent être rendus publics par la voie de l'inscription; des accessoires non inscrits ne sont pas une charge hypothécaire, et, partant, ne peuvent être poursuivis contre le tiers détenteur; or, celui-ci ne doit payer que ce que le créancier peut poursuivre hypothécairement (1). D'un autre côté, tout ce qui est dû hypothécairement peut être poursuivi contre le tiers détenteur, et il est tenu de le payer s'il veut s'affranchir de l'action du créancier. Tels sont les frais et dépens; la loi ne les mentionne pas dans l'article 98 (code civil, art. 2168), elle ne parle que des intérêts; on en a conclu que le tiers détenteur ne doit pas payer les dépens; il faut dire qu'il les doit si les dépens sont garantis par une hypothèque et si le créancier les a conservés par une inscription; en effet, l'article 97 pose en principe que le tiers détenteur est obligé à *toutes les dettes hypothécaires*, et il n'y a pas de dette hypothécaire sans stipulation d'hypothèque et sans inscription. Seulement les accessoires ne doivent pas être stipulés en termes exprès, ils sont compris dans la dette principale. Reste à savoir ce que l'on entend par accessoires. Nous avons examiné la question ailleurs (t. XXIX, n°s 324-327); à notre avis, il n'y a d'autres accessoires que les intérêts; l'hypothèque stipulée pour la dette principale garantit aussi les intérêts, à condition que le créancier les conserve par l'inscription. Quant aux dépens, ils ne sont pas des accessoires, puisqu'ils ne sont dus qu'accidentellement; ils doivent, par conséquent, faire l'objet d'une stipulation hypothécaire, et,

(1) Pont, t. II, p. 484, n° 1130. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 440, note 15, § 287.

de plus, le créancier doit les inscrire pour qu'il ait, de ce chef, un droit de préférence et un droit de suite (1).

274. Quant aux intérêts, l'article 98 (code civil, article 2168) porte que le tiers détenteur doit payer tous les intérêts. Cela veut-il dire qu'il doit payer tous les intérêts que le débiteur devrait payer? La solution dépend du principe qui régit ce que la loi appelle l'obligation du tiers détenteur. Si l'on admet qu'en usant de la faculté de payer, i se substitue au débiteur personnel et qu'il prend sa place, il faut dire que le tiers détenteur est obligé de payer tous les intérêts échus, quand même le créancier ne les aurait pas conservés, car l'inscription est étrangère aux rapports du créancier et du débiteur; celui-ci est tenu en vertu d'un lien d'obligation, que le créancier ait pris inscription ou non; et ce qui est vrai du débiteur serait vrai aussi du détenteur, si celui-ci, en payant, se substitue au débiteur, car le substituant est tenu de payer ce que doit le substitué. Nous avons dit que tel n'est pas le vrai principe (n° 270); le tiers détenteur n'est jamais tenu qu'hypothécairement; or, il n'y a de charges hypothécaires que celles qui sont inscrites. Il faut donc appliquer aux intérêts la disposition de l'article 87 (code civil, art. 2151) : l'inscription du capital conserve les intérêts pour trois ans; partant, le tiers détenteur est obligé de les payer. Quant aux autres intérêts, le créancier doit prendre des inscriptions spéciales; s'il l'a fait, le tiers détenteur devra payer tous les intérêts conservés; mais, à défaut d'inscription, les intérêts ne sont pas dus par le tiers détenteur, bien qu'ils soient dus par le débiteur personnel. C'est l'opinion qui domine dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). Nous croyons inutile d'insister; en posant le principe, nous avons répondu d'avance aux raisons que l'on donne à l'appui de l'opinion contraire. Il reste une légère difficulté de texte. L'article 98 dit que le tiers détenteur doit payer *tous* les

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 440, note 15, § 287, et les autorités qu'ils citent.

(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 421, note 12, § 285, et les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, nos 2411-2413. Il faut ajouter Bruxelles, 10 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 314).

intérêts. Cela veut-il dire qu'il doit les intérêts, conservés ou non? Si l'on interprète ainsi l'article 98 (code civil, art. 2168), on le met en contradiction avec l'article 97 (code civil, art. 2167); en effet, cette dernière disposition, qui pose le principe, oblige le tiers détenteur à payer les dettes hypothécaires par l'effet des inscriptions; donc il n'est pas tenu des intérêts non inscrits. L'esprit de la loi est en harmonie avec les textes ainsi interprétés. Si la loi prescrit la publicité pour les intérêts comme pour le capital, c'est pour faire connaître aux tiers intéressés le montant exact des charges hypothécaires; et parmi ces tiers intéressés se trouvent les acquéreurs aussi bien que les créanciers.

§ V. *Du délaissement.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

275. Le délaissement de l'héritage hypothéqué est une des facultés que la loi accorde au tiers détenteur. Elle ne définit pas le délaissement; la définition que l'on en donne d'ordinaire n'est pas tout à fait exacte. « C'est, dit Troplong, l'abandon de la *possession* de l'héritage fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour s'exempter de l'expropriation (1). » Si Troplong dit que le délaissement est l'abandon de la *possession* de l'immeuble hypothéqué, c'est pour marquer que le tiers détenteur, en délaissant, n'abandonne pas la *propriété* aux créanciers; ce qui est très-juste, comme nous le dirons plus loin. Il faut ajouter que le délaissement n'est pas même l'abandon de la *possession*. Nos anciens auteurs s'expriment plus exactement : « Pour ce qui est de l'effet principal, dit Loyseau, à savoir de l'aliénation qui peut résulter de ce délaissement, il faut prendre garde que celui qui délaisse les héritages pour les hypothèques ne quitte pas absolument la *propriété* et la *possession* d'icelui, mais seulement il en quitte la simple

(1) Troplong, t. III, n° 785, suivi par Martou, t. III, p. 306, n° 1253; Aubry et Rau, t. III, p. 448, note 45.

détention et *occupation* (1). » Cela résulte à l'évidence du but que le tiers détenteur a en délaissant. Loyseau nous le dit. Dans l'ancien droit, l'insolvabilité était notée d'infamie; de là les formalités déshonorantes auxquelles on soumettait le débiteur qui faisait cession de ses biens, quoiqu'il le fît du consentement des créanciers. Cette même ignominie était aussi attachée à la vente forcée des biens que les créanciers poursuivaient par la saisie et l'expropriation. Il est vrai que le tiers détenteur n'est pas débiteur et que ce n'est pas lui qui est insolvable, mais en apparence c'est lui, puisque la procédure est dirigée contre lui; pour éviter une honte qu'il ne mérite pas, il délaisse l'héritage aux créanciers; la procédure se poursuit contre un curateur, le nom du propriétaire n'y figure plus (2). Nos mœurs se sont modifiées, il n'y a plus rien de déshonorant à tomber en déconfiture; mais il y a un autre intérêt qui peut porter le tiers détenteur à délaisser l'héritage aux créanciers, c'est que la saisie et l'expropriation peuvent porter atteinte au crédit du possesseur, dans l'opinion du public qui ignore d'ordinaire si la saisie est pratiquée contre le détenteur pour des dettes qui lui sont personnelles, ou pour des dettes dont il n'est tenu qu'hypothécairement. Il y a d'ailleurs les ennuis et les embarras d'une longue procédure dans laquelle le tiers détenteur n'est réellement pas partie intéressée; il est assez naturel qu'il puisse s'y soustraire en abandonnant aux créanciers l'immeuble hypothéqué; cet abandon ne les lèse point, puisqu'ils peuvent procéder contre le curateur, aussi bien que contre le tiers détenteur.

Tel est le but du délaissement. Faut-il, pour l'atteindre, que le tiers détenteur abdique la propriété de l'immeuble? Non, cet abandon n'aurait pas de raison d'être; les créanciers n'on aucun intérêt à devenir propriétaires; ils veulent être payés, et pour cela il suffit que l'immeuble soit vendu. Il n'est pas même nécessaire que le tiers détenteur leur fasse l'abandon de la possession, il suffit qu'il leur aban-

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre VI, ch. III, n° 3.
(2) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre VI, ch. VII, n° 5.

donne la détention à raison de laquelle il est exposé aux poursuites des créanciers hypothécaires. Ainsi le tiers détenteur reste propriétaire; nous dirons plus loin quelles sont les conséquences qui en résultent. Il conserve aussi la possession; de sorte que la prescription continuerait à courir en sa faveur, et il pourrait en profiter si, après avoir délaissé, il reprenait l'immeuble, comme il en a le droit, en payant la dette et les frais (art. 101; code civil, art. 2173).

276. « Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens, et il en est donné acte par ce tribunal » (art. 102; code civil, art. 2174). Pourquoi le délaissement se fait-il au greffe? C'est une espèce de publicité qui est donnée au délaissement dans l'intérêt du tiers détenteur, plutôt que dans celui des créanciers. La déclaration au greffe ne suffit pas pour avertir le créancier qui a intenté les poursuites; il faut qu'il soit informé directement que le tiers détenteur délaisse l'héritage, afin qu'il sache contre qui il doit diriger ses poursuites. L'acte de délaissement reçu par le greffier est signifié au créancier poursuivant, ainsi qu'au vendeur, débiteur personnel; le délaissement conduit à l'expropriation, et le débiteur a intérêt à l'éviter, parce qu'il est garant de l'éviction: de là la nécessité de lui notifier le délaissement.

La loi dit que le tribunal donne acte du délaissement au tiers détenteur. Cela suppose une instance liée. Il faut donc que le tiers détenteur assigne le créancier poursuivant et le débiteur principal. Toutefois l'intervention du tribunal n'est nécessaire que si les créanciers contestent; ils peuvent soutenir que le tiers détenteur n'a pas le droit ou la capacité de délaisser; mais s'ils ne contestent pas et déclarent accepter le délaissement, une procédure judiciaire serait inutile et, partant, frustratoire (1).

277. « Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur, sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites

(1) Martou, t III, p. 343, n° 1306. Pont, t. II, p. 519, n°s 1189 et 1190. La cour de Bourges exige, à tort, une homologation. Le code ne dit pas cela. (Arrêt du 2 avril 1852. Dalloz, 1854, 5, 421).

pour les expropriations » (art. 102; code civil, art. 2174). L'immeuble délaissé est vacant en ce sens qu'il n'y a plus personne qui le représente, quoique le tiers acquéreur reste propriétaire et possesseur; il faut un représentant à l'immeuble, qui en soit le gardien et qui reçoive les notifications que l'on doit faire dans le cours de l'expropriation. Le curateur est nommé par le tribunal. Le ministère du curateur est, en général, purement passif; il n'est nommé que pour figurer dans l'instance, les poursuites judiciaires ne pouvant pas s'intenter contre une chose. Toutefois la nomination du curateur a des conséquences juridiques qui ne sont pas sans importance. Il est le contradicteur légal des créanciers qui poursuivent l'expropriation, il représente donc les parties intéressées : ce qui est jugé avec lui peut être opposé au débiteur et au tiers acquéreur. De là suit que le débiteur ne pourrait pas former tierce opposition contre un jugement rendu avec le curateur (1). A titre de gardien et de représentant, le curateur a aussi le droit et le devoir de veiller aux intérêts des créanciers. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation. Dans l'espèce, les biens délaissés avaient été expropriés, mais le produit de la vente était insuffisant pour désintéresser les créanciers. Cinq ans après l'adjudication, le curateur découvrit que plusieurs parcelles de terre n'avaient pas été comprises dans l'adjudication, le tiers détenteur les avait aliénées; le curateur les revendiqua. Avait-il qualité à cet effet? Il est certain que les parcelles non comprises dans l'expropriation restaient frappées de l'hypothèque, malgré leur omission dans la procédure qui suivit le délaissement; les créanciers pouvaient donc les saisir contre les tiers acquéreurs qui les détenaient. Le curateur avait-il le droit d'agir en leur nom? Telle était la difficulté soumise à la cour. La cour répond que l'action des créanciers contre le tiers détenteur était épuisée par le délaissement, mais qu'ils pouvaient agir contre le curateur; que, partant, celui-ci avait intérêt à revendiquer les parcelles litigieuses, puisqu'il était responsable de l'intégralité du délaissement (2). Il y

(1) Martou, t. III, p. 344, nº 1308, et les autorités qu'il cite.
(2) Rejet, 30 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 230).

a un motif de douter. Le curateur était-il encore le représentant des créanciers cinq ans après l'adjudication des biens délaissés? Son mandat finit régulièrement avec cette adjudication. Il est vrai qu'il restait des parcelles non expropriées; et si, de ce chef, il y avait une négligence à reprocher au curateur, il était responsable. Mais de ce qu'il était responsable de l'inexécution de son mandat peut-on conclure que le mandat continuait? A notre avis, rien n'empêchait les créanciers d'agir contre les tiers détenteurs des parcelles litigieuses, comme ils auraient pu le faire contre l'acquéreur qui avait fait le délaissement, car le délaissement était resté sans suite quant aux parcelles non expropriées; donc on ne pouvait l'invoquer contre les créanciers, leur droit restait entier contre tout détenteur des parcelles sur lesquelles ils conservaient leur hypothèque.

278. Quand le délaissement peut-il ou doit-il se faire? La question est controversée. A notre avis, elle est décidée par le texte de l'article 99 (code civil, art. 2169). La loi dit que le tiers détenteur est obligé de payer toutes les dettes hypothécaires, ou de délaisser (art. 98; code civil, art. 2168), et que, faute par lui de remplir l'une de ces obligations, tout créancier a droit *de faire vendre sur lui* l'immeuble hypothéqué *trente jours* après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser (art. 99). Il suit de là que, trente jours après la sommation (n° 256), les créanciers hypothécaires ont le droit de poursuivre l'expropriation contre le tiers détenteur; dès lors celui-ci n'a plus le droit d'arrêter et d'entraver l'exercice de ce droit en délaissant l'immeuble hypothéqué. Peu importe que l'expropriation soit commencée ou non : il y a droit acquis pour les créanciers de faire vendre l'héritage *sur le tiers détenteur*. Celui-ci ne peut pas leur enlever ce droit; il a eu trente jours pour prendre le parti de délaisser; s'il ne l'a pas fait dans ce délai, il ne peut plus le faire (1). On objecte que la loi n'a

(1) Duranton, t. XX, p. 437, n° 262. Persil, t. II, p. 227, article 2173, n° II.

fixé aucun délai, et qu'en principe le tiers détenteur n'étant tenu de souffrir l'expropriation qu'à raison de sa détention, il peut toujours s'en exempter en abandonnant l'héritage aux créanciers (1). Il est vrai que la loi ne dit pas en termes formels qu'après le délai de trente jours fixé par l'article 99 (code civil, art, 2169), le tiers détenteur ne peut plus délaisser; mais cela résulte implicitement de cette disposition. Si chaque créancier peut, d'un instant à l'autre, faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur, on ne peut pas permettre à celui-ci d'empêcher l'exercice de ce droit, en forçant les créanciers de faire nommer un curateur et de poursuivre la vente sur lui. Quant au droit du tiers détenteur que l'on invoque, il doit être concilié avec le droit des créanciers; le tiers détenteur a trente jours pour délaisser; il n'en faut pas davantage pour prendre un parti sur un point de fait, à savoir s'il lui convient ou non de se laisser exproprier. S'il ne délaisse pas dans ce délai, il n'y a plus de raison pour lui permettre de délaisser au préjudice des créanciers. L'objection que l'on fait en faveur du tiers détenteur serait fondée si le délaissement rompait tout lien entre le détenteur et l'immeuble; mais il reste propriétaire et possesseur; comme tel, il devrait subir l'expropriation; la loi déroge à la rigueur du droit en lui permettant de délaisser, mais il faut que cette faveur ne nuise pas aux créanciers; or, elle leur nuirait si le tiers détenteur pouvait les empêcher de poursuivre la vente sur lui, ou arrêter la procédure après l'expiration du délai qui lui est accordé pour prendre un parti.

279. Qu'est-ce que le tiers détenteur doit délaisser? L'article 98 (code civil, art. 2168) répond qu'il doit délaisser l'immeuble hypothéqué *sans réserve*, c'est-à-dire qu'il doit délaisser tout ce qu'il détient hypothécairement. Les créanciers ont le droit de saisir et de faire vendre tous les biens qui leur sont hypothéqués; et tout ce qu'ils ont le droit d'exproprier doit être délaissé, puisque le délaissement est un préliminaire de l'expropriation. Quand le tiers

(1) Martou, t. III, p. 341, n° 1304. Pont, t. III, p. 517, n° 1186. Il y a un arrêt insignifiant en faveur de cette opinion. Angers, 14 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 52).

détenteur ne possède qu'une partie du fonds hypothéqué, il doit en délaisser ce qu'il détient; les créanciers ont, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, le droit de saisir tout l'immeuble et chaque partie de l'immeuble; donc le tiers détenteur doit délaisser ce qu'il détient. Par contre, il a aussi le droit de délaisser la partie du fonds qu'il possède, quand même il aurait aliéné une portion de l'héritage. Cela a été contesté, mais sans fondement aucun. Le tiers détenteur est propriétaire, et, à ce titre, il peut aliéner; les sous-acquéreurs deviennent, dans ce cas, tiers détenteurs; par suite, les créanciers ont le droit de les poursuivre, et tous ont le droit de délaisser en abandonnant aux créanciers ce qu'ils possèdent. La cour d'Orléans l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute (1).

280. Le tiers détenteur peut-il délaisser s'il est encore débiteur du prix? Cette question donne lieu à des difficultés sérieuses. La loi semble donner au tiers détenteur un pouvoir absolu de délaisser; elle n'y met aucune condition concernant le payement du prix. L'offre de payer le prix aux créanciers hypothécaires est la condition essentielle requise pour la purge; la loi ne l'exige pas pour le délaissement. Il faut donc décider, en principe, que le tiers détenteur peut délaisser, quand même il serait encore débiteur du prix; la cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux. La cour y ajoute une restriction qui est également incontestable, c'est que l'acquéreur ne soit pas obligé, par son contrat, de payer son prix aux créanciers hypothécaires (2). Nous dirons plus loin quel est l'effet de cette obligation.

281. Il y a une autre restriction admise par la doctrine et par la jurisprudence. On suppose que le prix encore dû suffise pour payer les créanciers inscrits; l'acquéreur ne s'est pas obligé de le payer entre leurs mains: peuvent-ils néanmoins le forcer à distribuer le prix entre eux, ou le tiers acquéreur peut-il leur délaisser l'immeuble? L'opinion générale est que, dans ces circonstances, le

(1) Orléans, 28 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 135). Martou, t. III, p. 311, n°s 1255 et 1256. Pont, t. II, p. 490, n°s 1138 et 1139.
(2) Rejet, 8 août 1816 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1848).

tiers détenteur ne peut pas délaisser. Il y a un motif péremptoire pour le décider ainsi. Le délaissement suppose que l'acquéreur est poursuivi hypothécairement; c'est une faculté accordée au tiers détenteur pour éviter que le bien hypothéqué ne soit vendu sur lui. Or, nous supposons que les créanciers ne poursuivent pas l'acquéreur par action hypothécaire; ils ne lui adressent aucune sommation de délaisser, ils demandent le payement de son prix. Il n'y a donc pas lieu au délaissement (1). La seule difficulté est de savoir si les créanciers ont action contre l'acquéreur, alors que celui-ci ne s'est pas obligé à leur égard de verser le prix entre leurs mains. Il est certain que les créanciers n'ont pas d'action directe contre l'acquéreur, mais ils peuvent agir en vertu de l'article 1166, en exerçant les droits de leur débiteur; sur cette action, l'acquéreur sera obligé de payer. Seulement l'action indirecte est moins favorable aux créanciers que leur action hypothécaire, puisque le produit de l'action indirecte est le gage de tous les créanciers; tandis que le prix de la vente forcée appartient exclusivement aux créanciers inscrits.

Si l'acquéreur s'est obligé à payer le prix entre les mains du vendeur ou de ses créanciers inscrits, ceux-ci ont une action directe contre lui. Le tiers détenteur pourra délaisser s'il est poursuivi hypothécairement. Mais si cette poursuite est annulée, et que les créanciers s'entendent dans un ordre amiable, de manière que les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile soient radiées, le délaissement n'a plus de raison d'être, puisque, par l'accord des créanciers, l'immeuble sera libéré des charges hypothécaires qui le grevaient. Le vendeur pourrait au besoin intervenir pour contraindre l'acquéreur à payer son prix et pour faire disparaître par ce payement toute cause de délaissement; la cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2).

(1) Duranton, t. XX, p. 450, nº 252. Pont, t. II, p. 439, nº 1135, note 4, et les autorités qu'il cite. Aubry et Rau, t. III, p. 447, et note 41, § 287, et les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Metz, 17 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 2, 151).

(2) Cassation, 28 avril 1874 (Dalloz 1874, 1, 287).

282. Il se peut que les créanciers hypothécaires poursuivent l'acquéreur comme tiers détenteur, en le sommant de délaisser ou de payer. Le tiers détenteur aura-t-il, dans ce cas, le droit de délaisser? L'affirmative n'est guère douteuse, puisque les créanciers le somment de délaisser; poursuivi hypothécairement, l'acquéreur a les droits d'un tiers détenteur; donc il peut délaisser l'immeuble. Mais le vendeur ne peut-il pas s'opposer au délaissement et exiger que l'acheteur paye son prix aux créanciers inscrits? Un arrêt de la cour de cassation, rendu sur un excellent rapport de Mesnard, reconnaît ce droit au vendeur. Dans l'espèce, l'acquéreur s'était obligé à verser son prix entre les mains des créanciers hypothécaires désignés dans l'acte; il s'était obligé aussi à payer, dans le mois du contrat, une somme de 14,504 francs destinée à acquitter les intérêts échus des créances inscrites. Il manqua à ces engagements; par suite, les créanciers le poursuivirent par action hypothécaire; sur la sommation de payer ou de délaisser, l'acquéreur délaissa; tandis qu'il aurait pu payer, puisque la totalité des créances inscrites était inférieure de 5,000 fr. au montant du prix dont il était débiteur; et il aurait dû payer ce prix aux créanciers hypothécaires, puisqu'il s'y était engagé. Alors le vendeur intervint et demanda que, nonobstant le délaissement, l'acquéreur fût tenu de payer son prix aux créanciers inscrits. Le premier juge valida le délaissement et ordonna la continuation des poursuites de saisie immobilière. Sur l'appel, la cour d'Orléans donna gain de cause au vendeur. Pourvoi en cassation; le demandeur soutint que le tiers détenteur avait un droit absolu à délaisser, que l'engagement pris par l'acquéreur de verser son prix entre les mains des créanciers ne le liait pas à l'égard de ceux-ci, et que les créanciers ayant poursuivi hypothécairement le tiers détenteur, celui-ci avait la faculté de délaisser l'immeuble. La cour prononça un arrêt de rejet.

La cour reconnaît que, dans l'espèce, l'acquéreur avait le droit de délaisser, puisqu'il était poursuivi par les créanciers, non comme débiteur personnel, mais comme tiers détenteur; sommé par eux de payer, à ce titre, ou de dé-

laisser, il avait le droit de délaisser l'immeuble hypothéqué. Restait à voir si ce droit pouvait être exercé à l'égard du vendeur, dans les circonstances de la cause. Or, d'une part, l'acquéreur s'était obligé à payer son prix aux créanciers inscrits ; ce qui ne lui permettait pas de délaisser, puisque, en délaissant, il refusait de payer son prix ; il manquait donc à une obligation contractée envers le vendeur. La cour en conclut que le vendeur avait le droit de s'opposer à un délaissement que les conventions intervenues entre les parties avaient pour objet d'interdire à l'acquéreur. D'autre part, le prix que l'acquéreur s'était obligé de verser entre les mains des créanciers était supérieur aux dettes hypothécaires ; de sorte que la simple exécution du contrat de vente suffisait pour désintéresser les créanciers tout ensemble et pour libérer le vendeur à leur égard ; or, le vendeur a le droit incontestable de poursuivre l'exécution de son contrat en forçant l'acquéreur de payer le prix aux créanciers, comme il s'y était obligé. La cour en conclut que le vendeur avait le droit d'intervenir pour contraindre son débiteur à payer le prix, et ce payement faisait disparaître toutes les causes du délaissement (1).

L'arrêt est très-habilement motivé ; cependant il laisse un doute. Le délaissement est un droit pour l'acquéreur, qui n'est pas débiteur personnel ; or, dans l'espèce, il était poursuivi hypothécairement ; la loi lui permettait donc de s'affranchir de l'expropriation en délaissant. C'est ce que la cour reconnaît, mais elle prétend que ce droit n'est pas absolu. A l'égard du vendeur, l'acheteur s'était obligé à ne pas délaisser, puisqu'il s'obligeait à payer son prix aux créanciers ; mais le délaissement ne se fait pas entre le vendeur et l'acheteur, il se fait entre l'acquéreur et les créanciers hypothécaires. La difficulté est donc celle-ci : le vendeur peut-il opposer son contrat aux créanciers hypothécaires qui y sont restés étrangers ? Peut-il, en vertu de ce contrat, demander la nullité du délaissement ? En droit strict, il faudrait répondre négativement. Les créanciers

(1) Rejet, 1er juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 177). Comparez Martou, t. III, p. 338, n° 1299 ; Aubry et Rau, t. III, p. 447, et note 42, § 287.

étaient dans leur droit en poursuivant l'acquéreur en vertu de leur droit hypothécaire, et celui-ci était dans son droit en délaissant. Le délaissement était donc légitime entre les créanciers poursuivants et l'acquéreur. Dès lors le vendeur ne pouvait pas en demander la nullité en vertu de son contrat : son contrat lui donnait seulement le droit de poursuivre le payement du prix, et, si l'acheteur ne payait pas, de demander la résolution de la vente; mais le contrat de vente ne lui donnait pas le droit de demander la nullité de ce qui s'était passé entre l'acquéreur et les créanciers.

Ce qui a sans doute décidé la cour, c'est l'iniquité révoltante à laquelle conduisait le droit strict, dans l'espèce. L'acquéreur manquait à ses obligations sans une apparence de raison; en payant, comme il s'y était obligé, il désintéressait les créanciers, il rendait l'expropriation inutile, il libérait le vendeur. En ne payant pas, il se jouait de ses engagements; au lieu de payer, il délaissait, et, étant exproprié, il avait encore une action en garantie contre le vendeur. Il serait difficile, dit le conseiller Mesnard, d'ouvrir à l'iniquité une plus large porte. Cela est vrai, mais ces conséquences ne résultaient pas du délaissement, elles résultaient de l'action hypothécaire des créanciers. Ils expropriaient l'acheteur; celui-ci, n'étant obligé à rien à leur égard, pouvait rester dans l'inaction en ne payant pas et en ne délaissant pas; la procédure aurait abouti à cette même iniquité qui révoltait le rapporteur et la cour à sa suite. Le vendeur avait un moyen d'empêcher la déloyauté de l'acheteur, c'était de faire intervenir les créanciers dans l'acte de vente; l'acquéreur se serait obligé envers les créanciers et serait devenu leur débiteur personnel, ce qui ne lui aurait pas permis de délaisser.

283. Il reste une hypothèse sur laquelle il n'y a aucun doute. Le prix ne suffit pas pour désintéresser les créanciers. Ceux-ci agissent hypothécairement; c'est leur droit et leur intérêt. L'acquéreur délaisse, comme il en a le droit. Dans ce cas, le vendeur ne peut pas intervenir pour s'opposer au délaissement et pour en demander la nullité. En effet, le vendeur n'a d'autre action contre l'acquéreur que l'action personnelle pour le contraindre à payer son

prix ; mais il exercerait vainement cette action ; dans l'espèce, la poursuite ne désintéresserait pas les créanciers, puisque le payement du prix ne dégagerait pas l'immeuble de toutes les charges hypothécaires qui le grèvent ; de sorte que l'acquéreur, tout en payant, resterait exposé à l'action hypothécaire des créanciers qui ne seraient pas désintéressés ; or, dès qu'il est tenu hypothécairement et poursuivi comme tiers détenteur, il a le droit de délaisser. Ce sont les termes de l'arrêt que nous venons d'analyser (n° 282). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1).

N° 2. QUI PEUT DÉLAISSER ?

284. « Le délaissement par hypothèque peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette et qui ont la capacité d'aliéner » (art. 100 ; code civil, art. 2172).

I. *De ceux qui ne peuvent pas délaisser parce qu'ils sont débiteurs personnels.*

285. Ceux qui sont personnellement obligés à la dette ne peuvent pas délaisser. Quelle en est la raison ? Le délaissement a pour objet de s'exempter de l'expropriation (n° 275) ; cela suppose que le détenteur ne peut être poursuivi hypothécairement que parce qu'il détient un immeuble hypothéqué à la dette ; en le délaissant, il ne peut plus être poursuivi. Or, s'il est obligé personnellement à la dette, il peut toujours être poursuivi. Vainement délaisserait-il l'immeuble dont on poursuit l'expropriation sur lui ; en vertu du lien personnel qui l'oblige à payer, les créanciers auraient néanmoins le droit de le poursuivre et de l'exproprier de l'immeuble hypothéqué, comme de tous ses biens ; il n'a qu'un moyen de s'affranchir de ces poursuites, c'est de payer (2).

286. Quels sont les détenteurs qui ne peuvent pas dé-

(1) Martou, t. III, p. 339, n° 1300.
(2) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre IV, ch. III, n° 2. Martou, t. III, p. 330, n° 1278.

laisser parce qu'ils sont obligés personnellement à la dette?

C'est d'abord le débiteur solidaire qui acquiert l'immeuble hypothéqué à la dette par son codébiteur; quoique détenteur de l'immeuble hypothéqué, il ne peut pas le délaisser, car il n'est pas *tiers* à la dette, il en est tenu pour le tout; de sorte qu'il ne pourrait pas même délaisser en payant sa part; la dette ne se divise qu'entre les codébiteurs; à l'égard du créancier, chacun des débiteurs solidaires est tenu comme s'il était seul et unique débiteur.

De même la caution qui deviendrait acquéreur d'un immeuble hypothéqué à la dette par le débiteur principal ne pourrait pas délaisser, car le fidéjusseur, quoique détenteur de l'héritage hypothéqué, est obligé personnellement; dès lors il ne peut pas délaisser. Il ne faut pas confondre avec la caution le tiers qui hypothèque un immeuble pour une dette dont il n'est pas tenu personnellement; on qualifie parfois cet engagement de cautionnement réel; c'est une mauvaise expression, faite pour induire en erreur; le tiers, dans l'espèce, n'est pas caution, il n'est pas tenu personnellement; donc il peut délaisser.

287. Le débiteur conjoint est obligé personnellement, mais il cesse de l'être, à la différence du débiteur solidaire, quand il paye sa part dans la dette; dès lors il peut délaisser. Ce principe reçoit son application aux héritiers du débiteur; ils sont obligés personnellement, puisque le débiteur s'est obligé pour lui et pour ses héritiers; donc ils ne peuvent pas délaisser. Mais les dettes, même solidaires, se divisent entre eux, chacun n'en est tenu que pour sa part héréditaire; s'il paye cette part, il cesse d'être obligé personnellement. S'il est détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette, il pourra encore être poursuivi hypothécairement; mais, sur cette poursuite, il peut délaisser, puisqu'il a cessé d'être obligé personnellement.

Ce que nous disons de l'héritier s'applique à l'héritier bénéficiaire aussi bien qu'à l'héritier pur et simple. De ce que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, il faut se garder de conclure qu'il n'est pas débiteur personnel. Loyseau pose le principe en

d'excellents termes. « Toutes les règles, dit-il, qui s'observent en l'héritier simple doivent être gardées en l'héritier par bénéfice d'inventaire, fors qu'il ne peut jamais être tenu outre la valeur des biens héréditaires; mais, outre cette particularité et peu d'autres qui en résultent, il est en tout et partout semblable à l'héritier pur et simple. » Il ne peut donc pas délaisser s'il est seul héritier. S'il y a plusieurs héritiers, il pourrait délaisser après avoir payé la part qu'il doit supporter dans la dette; mais il ne faut pas perdre de vue que l'héritier bénéficiaire ne peut aliéner qu'en remplissant les formalités prescrites par la loi (article 806); or, le délaissement est considéré par le code comme un acte d'aliénation, puisqu'il exige la capacité d'aliéner pour délaisser. Si l'héritier bénéficiaire délaissait sans observer ces formes, le délaissement serait valable, mais il serait déchu du bénéfice d'inventaire comme ayant fait un acte de disposition qu'un héritier pur et simple a seul capacité de faire (1).

288. Ce que nous disons des héritiers s'applique aux légataires et aux héritiers contractuels, s'ils sont successeurs universels ou à titre universel. Les légataires ou donataires à titre particulier peuvent délaisser, puisqu'ils ne sont pas tenus des dettes. Il suit de là qu'un donataire de biens présents pourrait délaisser, car son titre n'est pas universel, et, partant, il n'est pas débiteur. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Donations et testaments*.

289. La femme commune en biens qui accepte la communauté est tenue de la moitié des dettes à titre d'associée, donc comme débitrice personnelle. Elle jouit, à la vérité, du bénéfice d'émolument; mais, quoiqu'elle ne puisse être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, elle ne laisse pas d'être obligée personnellement. Elle ne peut donc délaisser que si elle paye la moitié de la dette hypothécaire pour laquelle elle est poursuivie. C'est l'application du droit commun. Si la femme renonce, elle peut toujours

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, t. IV, ch. IV, nº 20. Pont, t. II, p. 515, nº 1184. Martou, t. III, p. 332, nº 1284.

être poursuivie hypothécairement, mais elle cesse d'être obligée comme associée. Toutefois ces principes reçoivent une restriction. Si la dette pour laquelle la femme est poursuivie a été contractée par elle, elle est débitrice personnelle; il n'y a pas à distinguer, dans ce cas, si elle accepte ou si elle renonce, elle peut toujours être poursuivie par le créancier; or, étant débitrice personnelle, elle ne pourra pas délaisser. Peu importe qu'elle ait un recours contre son mari ou ses héritiers, elle n'en est pas moins personnellement obligée à la dette; il faut donc lui appliquer le principe de l'article 100 (code civil, art. 2172).

Il s'est présenté une autre difficulté en matière de communauté. La femme exerce le retrait d'indivision, c'est-à-dire qu'elle retire de la communauté un immeuble acquis par son mari, dont elle était copropriétaire par indivis. Si le prix n'est pas payé, la femme pourra être poursuivie hypothécairement par le vendeur privilégié, puisqu'elle détient un immeuble grevé d'un privilége. Peut-elle délaisser? La solution dépend du point de savoir si la femme qui retire l'immeuble devient débitrice du vendeur. Nous avons décidé la question négativement au titre du *Contrat de mariage*. La femme doit une récompense à la communauté, mais elle n'est pas tenue en vertu du contrat de vente; ce qui est décisif en ce qui concerne le délaissement (1).

290. « Le délaissement peut être fait même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement » (art. 101; code civil, art. 2173). Qu'est-ce que la loi entend par *reconnaître l'obligation* en qualité de *tiers détenteur?* Cela veut dire que le tiers détenteur reconnaît que l'immeuble qu'il détient est grevé d'une hypothèque pour sûreté d'une obligation contractée par un tiers. La reconnaissance a pour objet d'empêcher la prescription ou de l'interrompre. Aux termes de l'article 108, le tiers détenteur peut être tenu de fournir un titre récognitif de l'hypothèque à dater de la transcription de son acquisition. Par ce titre, le tiers détenteur reconnaît l'existence de l'hypothèque qui grève son fonds.

(1) Rejet, 14 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232). Comparez mon t. XXI, n° 352.

La reconnaissance n'a pas pour effet d'obliger le tiers détenteur personnellement ; il se reconnaît, au contraire, tiers détenteur par l'acte récognitif ; donc il peut délaisser, non pas malgré cette reconnaissance, mais en vertu de la reconnaissance. Il en est de même du titre nouvel qu'il est tenu de fournir au créancier hypothécaire vingt-huit ans après la date du premier acte récognitif.

Le détenteur de l'immeuble à qui le créancier demande une reconnaissance de l'hypothèque peut la refuser s'il prétend que son immeuble est libre de toute charge hypothécaire. Dans ce cas, il s'engage un procès : si le détenteur succombe, pourra-t-il encore délaisser? L'article 101 (code civil, art. 2173) décide la question affirmativement, et la solution n'était pas douteuse. En effet, le tiers détenteur est condamné à reconnaître l'existence de l'hypothèque ; il est donc condamné comme *tiers détenteur*, et non comme débiteur personnel ; c'est une reconnaissance forcée de l'hypothèque, et la reconnaissance forcée n'a pas plus d'effet que la reconnaissance volontaire. Il va sans dire qu'il en serait autrement si le débat portait sur l'existence de la dette que le demandeur réclame contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué, non comme détenteur, mais comme débiteur ; s'il subissait une condamnation à ce titre, il serait jugé qu'il est débiteur personnel ; partant, il ne pourrait plus délaisser.

291. L'acquéreur s'oblige par son contrat à payer les créanciers inscrits : devient-il par là débiteur personnel, et, par suite, ne peut-il pas délaisser? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Si les créanciers interviennent au contrat par lequel l'acquéreur s'oblige à verser son prix entre leurs mains, il n'y a aucun doute. Le texte de l'article 100 (code civil, art. 2172) reçoit son application : l'acquéreur est personnellement obligé à la dette, donc il ne peut pas délaisser. Toutefois il faut apporter une restriction à cette décision. Les créanciers envers lesquels l'acquéreur s'engage acceptent un nouveau débiteur, mais ils ne renoncent pas à leur créance ni au droit hypothécaire qui la garantit ; ils peuvent donc poursuivre l'acquéreur hypothécairement ; s'ils

le somment de payer ou de délaisser, l'acquéreur est un tiers détenteur, et à ce titre, il peut délaisser ou se laisser exproprier. S'il délaisse, les créanciers n'ont pas le droit de se plaindre; que leur importe, après tout? Au lieu de faire vendre l'immeuble sur l'acquéreur, ils poursuivent l'expropriation contre le curateur; le délaissement n'altère donc pas leurs droits (1).

D'ordinaire, les créanciers n'interviennent pas au contrat, et l'acheteur s'oblige à l'égard du vendeur à payer les créanciers inscrits. Devient-il par là débiteur personnel des créanciers? On n'est personnellement obligé à la dette, comme le dit l'article 100 (code civil, art. 2172), que lorsqu'on s'engage envers le créancier; ceux qui ne parlent pas au contrat ne peuvent pas s'en prévaloir, comme on ne peut pas le leur opposer. De là suit qu'en principe l'acquéreur ne devient pas le débiteur personnel des créanciers quoiqu'il s'oblige envers son vendeur à payer le prix aux créanciers inscrits. Il y a un arrêt en ce sens (2). La doctrine s'est prononcée en sens contraire, et il y a aussi des arrêts en faveur de cette opinion. Nous laissons la jurisprudence de côté, elle a peu d'importance en cette matière, parce qu'elle n'est guère motivée (3). La doctrine aussi laisse à désirer. Si l'on s'en tient aux principes, la solution est très-facile. Les créanciers ne sont pas intervenus au contrat, l'acquéreur ne s'est pas obligé envers eux, mais il s'est obligé envers son vendeur; or, les créanciers peuvent exercer les droits du vendeur contre l'acquéreur. Ils le peuvent d'abord en vertu de l'article 1121; c'est, à notre avis, le point décisif. Le vendeur, en stipulant que l'acheteur payera son prix entre les mains des créanciers, fait une stipulation dans son propre intérêt; il faut donc appliquer l'article 1121, aux termes duquel « on peut stipu-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 446 et note 37, § 287, et les autorités qu'ils citent. Martou, t. III, p. 336, n° 1296.

(2) Rejet, chambre civile, 27 juin 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1853, 1°). Orléans, 28 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 135). Bruxelles, 14 février 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 308). Liége, 1er mai 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 191).

(3) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1852.

ler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Le vendeur a le droit de stipuler que le prix sera payé entre les mains de ses créanciers; ceux-ci, en acceptant le bénéfice de cette stipulation, acquièrent une action personnelle contre l'acquéreur qui s'est obligé à payer le prix entre leurs mains; s'ils agissent en vertu de cette stipulation, l'acheteur ne peut certainement pas délaisser, car ils ne le poursuivent pas hypothécairement comme détenteur, ils le poursuivent comme débiteur personnel; il ne peut donc être question de délaissement. C'est aux créanciers de voir s'il est de leur intérêt d'accepter la stipulation faite en leur faveur, ou de s'en tenir à leur droit hypothécaire; ils n'ont d'intérêt à accepter la stipulation que si le prix suffit pour les désintéresser, et si ce prix leur est réellement payé, ou si on leur donne des garanties pour le payement. Du reste, le seul fait d'accepter le bénéfice de la stipulation ne leur fait pas perdre leur droit hypothécaire; ils acceptent un nouveau débiteur, sans renoncer à aucun de leurs droits. Ils peuvent donc agir hypothécairement; dans ce cas, l'acquéreur sommé de payer ou de délaisser, à titre de tiers détenteur, aura le droit de délaisser (1).

La plupart des auteurs rattachent la décision de la question à l'article 1166. Il est certain que les créanciers hypothécaires peuvent exercer les droits du vendeur contre l'acquéreur, puisque le vendeur est leur débiteur; et si les créanciers agissent au nom du vendeur contre l'acquéreur, celui-ci ne pourra certes pas se soustraire à leur action en délaissant; car les créanciers n'agissent pas contre lui en vertu de leur droit hypothécaire, ils le poursuivent par une action personnelle, celle du vendeur; il ne peut donc être question de délaissement (2). Mais cette manière d'envisager la question est purement théorique. Il est rare que les créanciers hypothécaires aient intérêt à agir par la voie indirecte que leur ouvre l'article 1166; car cette action ne leur assure pas le payement de leurs créances; le produit

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 446, note 38, § 287.
(2) Martou, t. III. p. 336, n° 1296, d'après Troplong, t. III, n° 813. Pont, t. II, p. 514, n° 1180.

de l'action est versé dans les mains du vendeur et devient le gage de tous les créanciers; tandis que, en exerçant l'action hypothécaire, ils sont payés par préférence aux autres créanciers.

292. La doctrine que nous venons d'exposer nous laisse un doute en ce qui concerne la faculté de délaisser que les auteurs et la jurisprudence reconnaissent à l'acquéreur, quand il est poursuivi hypothécairement, alors que cet acquéreur est tenu personnellement au payement de la dette. Il nous semble que cette opinion ne tient pas compte des termes absolus de l'article 100 (code civil, art. 2172). En disant que le délaissement ne peut être fait par le *tiers détenteur* qui est personnellement obligé à la dette, la loi suppose que l'acquéreur est poursuivi hypothécairement; sinon il ne saurait être question de délaisser. Le tiers détenteur est donc sommé de délaisser ou de payer : peut-il délaisser s'il s'est obligé personnellement à la dette? Non, d'après le texte de l'article 100 (code civil, art. 2172), et l'esprit de la loi est d'accord avec le texte; en effet, le délaissement ne le mettrait pas à l'abri de l'action des créanciers, puisqu'il s'est obligé personnellement à leur égard. Le délaissement, après tout, est une chose tout à fait secondaire; on pourrait l'abolir, comme on l'avait proposé en France quand on s'est occupé de la réforme du régime hypothécaire, sans que cette abolition changeât rien aux droits des parties intéressées; les créanciers hypothécaires auraient toujours le droit d'exproprier le détenteur de l'immeuble hypothéqué; seulement l'expropriation se ferait sur lui, au lieu de se faire sur un curateur; car c'est là tout le délaissement.

293. Enfin le tiers détenteur ne peut plus délaisser s'il a offert aux créanciers de payer son prix entre leurs mains et si ceux-ci ont accepté cette offre. L'offre que l'acquéreur fait de son prix est la condition essentielle requise pour la purge. Quand l'acquéreur a déclaré aux créanciers inscrits qu'il est prêt à acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix et que les créanciers acceptent cette offre, l'acquéreur sera personnellement obligé, en vertu de la convention qui se forme par l'offre et l'ac-

ceptation. Les créanciers peuvent accepter d'une manière expresse ou tacitement. Il y a acceptation tacite lorsque les créanciers privilégiés ou hypothécaires laissent écouler le délai de trente jours qui leur est accordé pour demander la mise de l'immeuble aux enchères. L'offre de l'acquéreur est, dans ce cas, acceptée par les créanciers; un contrat intervient entre eux, et par conséquent l'acquéreur est personnellement obligé. La cour de cassation en a conclu que l'acquéreur ne peut plus délaisser, ce qui est d'évidence, puisque, obligé personnellement, il ne peut plus s'affranchir de son obligation qu'en payant (1).

II. *Il faut avoir la capacité d'aliéner pour délaisser.*

294. L'article 110 exige une seconde condition pour que le tiers détenteur puisse délaisser : il doit être capable d'aliéner. Cette condition n'est guère en harmonie avec l'objet et l'effet du délaissement. Celui qui délaisse n'abdique ni la propriété ni la possession de l'immeuble hypothéqué; il en abandonne seulement la détention, et dans le but unique de s'épargner la honte ou les ennuis qui accompagnent l'expropriation forcée. S'il n'aliène pas, pourquoi exige-t-on qu'il ait la faculté d'aliéner? Les auteurs sont très-embarrassés pour répondre à la question (2). Ils disent que le délaissement constitue un acheminement à l'aliénation ; cela n'est pas exact; c'est la poursuite hypothécaire qui est la cause de l'aliénation, le délaissement n'active pas même la procédure, il l'entrave, au contraire, puisqu'il oblige les créanciers poursuivants de faire nommer un curateur; si le tiers détenteur n'avait pas délaissé, l'expropriation se serait poursuivie sur lui; le délaissement ne change donc rien à la situation. On dit encore que le tiers détenteur qui délaisse n'est plus à même de surveiller les opérations de la saisie. Mais que lui importe? Il sera exproprié, qu'il délaisse ou qu'il ne délaisse point, et il aura son recours en garantie, de même qu'il sera subrogé aux

(1) Rejet, chambre civile, 4 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 83).
(2) Martou, t. III, p. 334, n° 1287. Pont, t. II, p. 510, n° 1170.

droits des créanciers; le délaissement ne lui cause donc aucun préjudice; dès lors on ne voit pas pourquoi il faut avoir la capacité d'aliéner pour délaisser.

295. Il résulte du principe établi par la loi que les incapables ne peuvent pas délaisser. Même ceux qui ont la capacité d'administrer leurs biens, et, par suite, de s'obliger, dans une certaine mesure, et d'aliéner leur mobilier, ne pourraient pas délaisser. Telle est la femme séparée de biens; elle ne peut aliéner ses immeubles, donc elle ne peut délaisser, sinon avec autorisation maritale (art. 1449, 1536, 1576). A plus forte raison en est-il ainsi du mineur émancipé dont la capacité est, en général, plus restreinte; il ne peut vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484), cela décide la question du délaissement.

Les administrateurs légaux ou conventionnels ne peuvent aliéner, donc ils ne peuvent délaisser. Une singulière controverse s'est élevée au sujet des tuteurs. Grenier a considéré la disposition de l'article 2172 (loi hyp., art. 100) comme une prohibition absolue; de sorte que le tuteur pourrait, en observant les formalités légales, vendre les immeubles de son pupille, et il lui serait interdit d'en abdiquer la détention! D'autres auteurs enseignent que le tuteur peut délaisser avec l'autorisation du conseil de famille; ils assimilent le fait de délaisser à un acquiescement. La solution de la difficulté, si difficulté il y a, se trouve dans le texte de la loi. Elle exige la capacité d'aliéner; or, le tuteur ne peut aliéner qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Quant aux formes, la vente étant une expropriation forcée, on doit observer naturellement les formes prescrites par la loi du 15 avril 1854 (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 447, note 43, § 287, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.

N° 3. EFFETS DU DÉLAISSEMENT.

296. Nous avons dit que le délaissement est l'abdication de la détention, que le tiers détenteur reste propriétaire de l'immeuble qu'il délaisse; quoique l'expropriation ne se fasse pas sur lui, il conserve la propriété jusqu'à l'adjudication (n° 275). La loi ne le dit pas en termes exprès, mais cela résulte de plusieurs de ses dispositions. Ainsi, aux termes de l'article 101 (code civil, art. 2173), le tiers détenteur peut reprendre l'immeuble qu'il a délaissé; ce qui implique qu'il en est resté propriétaire. La loi veut que les créanciers fassent nommer un curateur à l'immeuble délaissé (art. 102; code civil, art. 2174), parce que c'est un immeuble appartenant à un tiers qu'ils font vendre dans les formes prescrites pour l'expropriation forcée; s'ils en devenaient propriétaires, ce serait leur propre chose qu'ils vendraient, et ils pourraient la vendre de gré à gré, sans qu'il fût besoin d'un curateur. Si les poursuites sont abandonnées pendant trois ans, le tiers détenteur jouit des fruits, malgré la sommation, jusqu'à ce qu'elle soit renouvelée; or, les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547). Nous sommes obligé d'insister sur ce point, parce qu'il y a un article qui semble dire le contraire : les droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant qu'il en eût fait l'acquisition renaissent *après le délaissement*, ou *après l'adjudication* faite sur lui (art. 105; code civil, art. 2177). On pourrait croire, d'après cette disposition, que le tiers détenteur cesse d'être propriétaire à compter du délaissement; nous dirons plus loin que la loi est mal rédigée, de même qu'elle est généralement mal interprétée. Le principe n'est pas douteux; c'est l'immeuble du tiers détenteur qui est adjugé sur lui, il ne cesse d'être propriétaire qu'à partir de l'adjudication (1).

297. Du principe que le tiers détenteur reste propriétaire suit que l'immeuble périt pour lui, s'il vient à périr par cas fortuit avant l'adjudication. C'est l'application du

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 448, note 45, § 287.

droit commun : la chose périt pour son propriétaire, à moins qu'elle ne fasse l'objet d'une obligation; dans ce cas, ce sont les principes des obligations qui décident la question des risques; or, en cas de délaissement, il n'y a aucun lien d'obligation entre le tiers détenteur et les créanciers auxquels l'héritage est délaissé; on reste donc sous l'empire de l'adage *res perit domino*. Il y a cependant une objection qui serait spécieuse, si elle n'était fondée sur une supposition imaginaire. Le tiers détenteur, dit-on, abdique la propriété sous la condition résolutoire de la reprise de l'héritage; or, dans les contrats faits sous condition résolutoire, c'est le débiteur qui supporte le risque, c'est-à-dire, dans l'espèce, les créanciers. Tout est faux dans cette objection. Le délaissement ne se fait pas en vertu d'un contrat, il n'y a ni débiteur ni créancier; le tiers détenteur n'abandonne pas la propriété, pas plus sous condition résolutoire que sans condition, puisque le délaissement n'est que l'abdication de la détention. Il est inutile d'insister, puisque les principes sont certains, et ils sont aussi généralement admis (1). La conséquence qui en résulte est grave pour le tiers détenteur; c'est que, la chose venant à périr avant l'adjudication, il n'est pas évincé, et, par conséquent, il n'a point de recours en garantie.

298. Le prix d'adjudication est distribué entre les créanciers inscrits. S'il reste un reliquat, à qui appartient-il? Le prix est dû au propriétaire dont la chose est vendue, peu importe que la vente soit forcée ou volontaire. C'est le motif pour lequel le détenteur évincé est subrogé aux droits des créanciers hypothécaires; il les paye, puisque c'est avec le prix de son héritage qu'ils sont désintéressés. Par la même raison, le reliquat lui appartient. On a prétendu que le reliquat appartenait au débiteur ou à ses créanciers chirographaires; ces prétentions ont toujours été repoussées par les tribunaux, elles n'ont aucun fondement ni dans les textes ni dans les principes. Les créanciers chirographaires n'ont de droit que sur les biens du débiteur qui

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 448, § 287. Pont, t. II, p. 520, nº 1193, et les auteurs qu'il cite.

leur servent de gage; or, l'immeuble délaissé et adjugé appartient, non au débiteur originaire, mais au tiers acquéreur; ce sont donc les créanciers du tiers détenteur qui pourraient saisir le reliquat, puisqu'il fait partie de leur gage; quant aux créanciers du débiteur principal, ils n'ont plus aucun droit sur l'immeuble, puisqu'il est sorti du domaine de leur débiteur par la vente qui en a été faite au tiers acquéreur (1).

299. L'article 101 (code civil, art. 2173) consacre une autre conséquence du principe que le tiers détenteur reste propriétaire : il peut, jusqu'à l'adjudication, reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais. Pourquoi la loi subordonne-t-elle la reprise de l'immeuble à l'obligation de payer les dettes? C'est une conséquence des principes qui régissent le délaissement. Le tiers détenteur doit ou payer, ou délaisser, ou se laisser exproprier. Dans l'espèce, il a délaissé et l'expropriation se poursuit; s'il veut l'arrêter en reprenant l'immeuble, il doit naturellement payer. Ce qui était, dans le principe, un droit pour le tiers détenteur, devient maintenant une obligation à laquelle il se soumet, et cette obligation est plus étendue qu'avant le délaissement. Par suite du délaissement, les créanciers ont fait des frais qui ne peuvent pas rester à leur charge, c'est le tiers détenteur qui les a occasionnés en délaissant l'immeuble qu'il se décide ensuite à reprendre; il est juste qu'il les supporte.

La loi dit que le tiers détenteur peut reprendre l'immeuble en *payant* toute la dette et les frais. Il en résulte que les créanciers poursuivants peuvent exiger le payement avant d'abandonner la détention de l'héritage; ils ne sont pas tenus de se contenter d'un engagement que le tiers détenteur contracterait de les payer. Sans doute les créanciers peuvent consentir à ce que le tiers détenteur reprenne l'immeuble sous la condition qu'il s'engage à payer les dettes, mais s'ils refusent, le tribunal ne pourrait pas autoriser la reprise malgré eux. Il a été décidé néanmoins que

(1) Colmar, 7 mai 1821, 22 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1753). Rejet, 15 décembre 1862, dans les motifs (Dalloz, 1863, 1, 161). Comparez Pont, t. II, p. 521, n° 1193, et les auteurs qu'il cite note 2.

si le tiers détenteur est autorisé par jugement à reprendre l'immeuble, à la charge d'acquitter la dette et les frais, il n'est pas déchu de ce bénéfice s'il ne paye pas de suite (1). Cela suppose que le jugement n'a pas été attaqué ; dans ce cas, il doit naturellement recevoir son exécution ; s'il n'a pas fixé de délai pour le payement, les créanciers peuvent poursuivre l'exécution de l'engagement contracté par le tiers acquéreur. Celui-ci, en reprenant l'immeuble, devient débiteur personnel des créanciers inscrits ; ils peuvent le poursuivre, comme tel, sur tous ses biens ; ils peuvent aussi reprendre la poursuite en expropriation, car, en acceptant un nouveau débiteur, ils n'ont pas renoncé à leur droit hypothécaire.

Toutefois la reprise de l'immeuble produit un effet très-important au profit des créanciers. Le délaissement ne réalise pas leur droit hypothécaire ; ils doivent, par conséquent, le conserver en renouvelant leurs inscriptions ; mais si le tiers détenteur reprend l'immeuble, cette reprise équivaut à une adjudication, en ce sens que les créanciers ont un droit contre lui pour être payés de l'intégralité de leurs créances. Donc il n'y a plus lieu à renouveler les inscriptions. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur ce point (n° 139) (2).

Il a été jugé que ces principes reçoivent leur application au mineur dont l'immeuble avait été délaissé régulièrement. Le mineur peut le reprendre s'il devient majeur, ou le tuteur en son nom ; mais cette reprise le constituera débiteur personnel à l'égard des créanciers inscrits (3). Il n'y a aucune différence entre les mineurs et les majeurs en cette matière, sauf que les mineurs, étant incapables de s'obliger, ne peuvent plus faire la reprise qui les oblige à payer toute la dette et les frais ; elle ne peut se faire que par le tuteur.

300. Si le débiteur personnel paye les dettes et les frais, le tiers acquéreur peut être contraint à reprendre

(1) Bordeaux, 14 août 1828 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1889). Martou, t. III, p. 342, n° 1305. Pont, t. II, p. 522, n° 1195.
(2) Rejet, 24 février 1830 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1685, 2°).
(3) Rejet, 2 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 341). Pont, t. II, p. 521 n° 1194.

l'immeuble. La loi ne le dit pas, mais les principes ne laissent aucun doute sur ce point. Quel est le but du délaissement, et pourquoi la loi donne-t-elle ce droit au tiers détenteur? C'est parce qu'il est poursuivi hypothécairement et pour empêcher que l'expropriation ne se poursuive sur lui. Le délaissement n'a donc plus de raison d'être quand le vendeur, débiteur principal, parvient à désintéresser les créanciers hypothécaires : les hypothèques étant éteintes, l'acquéreur n'a plus d'expropriation à craindre, et, par suite, le délaissement vient à tomber (1).

Il n'est pas même nécessaire que les créanciers hypothécaires soient payés, il suffit qu'ils se désistent de leur poursuite, quelle que soit la cause de ce désistement. Dès qu'il n'y a plus de procédure en expropriation, il ne peut y avoir de délaissement. La cour de Paris l'a jugé ainsi (2). Dans l'espèce, le créancier avait consenti à la radiation des inscriptions hypothécaires; ce qui ne laissait aucun doute. Alors même que les inscriptions subsisteraient, le désistement des poursuites aurait pour conséquence nécessaire la reprise de l'immeuble. La cause cessant, l'effet doit cesser; or, la cause unique du délaissement, c'est l'expropriation poursuivie contre le tiers détenteur; donc dès qu'il n'y a plus d'expropriation, il ne peut plus y avoir de délaissement. Qu'importe que les inscriptions subsistent? Les inscriptions ne donnent pas au tiers détenteur le droit de délaisser; il les a connues en acquérant la propriété de l'immeuble, il sait donc qu'il est assujetti à l'expropriation s'il ne purge pas; mais, tant qu'il n'est pas menacé d'expropriation, il n'a pas le droit de délaisser, et ce droit cesse, ainsi que le délaissement qui aurait été fait, si les poursuites en expropriation cessent.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 449, et note 48, § 287.

(2) Paris, 24 mars 1847 (Dalloz, 1847, 2, 110). Riom, 8 décembre 1852, Bourges, 2 avril 1852 (Dalloz, 1854, 5, 420). Il y a un arrêt, en sens contraire, de Riom (Dalloz, au mot *Privilèges*, nº 1887). Comparez Martou, t. III, p. 345, nº 1311.

§ VI. *Effets de l'hypothèque à l'égard des tiers détenteurs.*

N° 1. EFFET DE L'HYPOTHÈQUE QUANT AUX DÉTÉRIORATIONS COMMISES PAR LE TIERS DÉTENTEUR.

301. « Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité » (art. 103; code civil, art. 2175). Cette disposition se trouve à la suite des articles qui concernent le délaissement; toutefois elle n'est pas un effet du délaissement, c'est une conséquence de l'hypothèque qui grève le bien acquis par le tiers détenteur. L'hypothèque est un démembrement de la propriété, en ce sens que le débiteur qui donne un immeuble en hypothèque ne peut plus rien faire qui puisse porter atteinte aux droits du créancier; notamment il ne peut, par son fait, dégrader l'immeuble et diminuer ainsi la sûreté hypothécaire. La propriété, démembrée par l'hypothèque, passe au tiers acquéreur, et reste démembrée dans ses mains. Il ne peut, pas plus que le débiteur personnel, faire un acte de jouissance, d'administration ou de disposition qui nuise au créancier hypothécaire. Vainement dirait-on qu'il est propriétaire et qu'à ce titre il peut user et abuser; cela est vrai de la propriété qui est restée entière, cela n'est pas vrai de la propriété démembrée. On objecterait tout aussi vainement que le tiers acquéreur n'a contracté aucune obligation envers les créanciers hypothécaires; ce n'est pas comme débiteur personnel qu'il est limité dans l'exercice de son droit de propriété, c'est comme détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèque, et démembré par suite de cette affectation.

Dans l'ancien droit, on n'admettait pas cette conséquence du droit hypothécaire. Loyseau, qui s'exprime toujours avec une grande exactitude, dit : « Le tiers détenteur a pu user et disposer à son plaisir et volonté de l'héritage qui était sien et *qu'il avait loyalement acquis sans savoir qu'un autre y prétendît droit*. Ce que j'estime être vrai, supposé

même qu'il sût bien que l'héritage était hypothéqué (1). » On voit quel est le premier fondement de la doctrine traditionnelle, c'est la clandestinité des hypothèques; l'acquéreur, ignorant les charges hypothécaires qui grèvent l'immeuble, n'est pas un tiers détenteur ; en fait, du moins, il serait injuste de le considérer comme tel ; il a dû se croire propriétaire absolu, pouvant user et abuser de la chose qui lui appartient. On finit par lui laisser le plein usage de son droit de propriété, alors même qu'il connaissait l'existence de la charge qui grevait son immeuble, jusqu'à ce qu'il fût actionné en déclaration d'hypothèque; ce n'est qu'à ce moment qu'il devenait tiers détenteur (2). La publicité des hypothèques a mis fin à cette espèce de fiction. En droit, l'hypothèque démembre la propriété; en fait, l'acquéreur ne peut plus dire qu'il ignore l'existence de l'hypothèque, puisque, avant d'acheter, il a dû demander un certificat des inscriptions au conservateur, la plus simple prudence lui en faisait un devoir. Dès lors rien n'empêche de lui appliquer le droit strict (3).

302. Le tiers détenteur est tenu des détériorations. Il ne répond pas de la dépréciation des immeubles, en ce sens qu'il ne doit pas d'indemnité, de ce chef, aux créanciers. Il n'est pas même tenu de toutes les détériorations, il faut qu'elles procèdent de son *fait* ou de sa *négligence*. Si c'est par un cas fortuit que le fonds a été dégradé, les créanciers n'ont aucune action contre lui; dans ce cas, ils peuvent demander le remboursement de leur créance (art. 79; code civil, art. 2131). Par contre, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une faute à reprocher au tiers détenteur; la loi le déclare responsable non-seulement de sa *négligence*, mais encore de son *fait*; ce qui est très-juste. Le tiers détenteur n'a plus le libre exercice de son droit de propriété; dès qu'il cause un préjudice aux créanciers par un acte quelconque, il est tenu de les indemniser. Il faut cependant faire une restriction aux termes trop absolus de l'article 103 (code civil, art. 2175). Les créanciers n'ont pas plus de droit contre

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. V, ch. XIV, nos 7 et suiv.
(2) Pothier, *Des hypothèques*, ch. II, art. 3.
(3) Pont, t. II, p. 524, no 1199.

le tiers détenteur que contre le débiteur personnel; or, celui-ci conserve le droit de jouir; la loi lui donne notamment le droit de faire les coupes ordinaires de taillis et de futaie, pourvu qu'il agisse de bonne foi et d'après l'usage des lieux (art. 45). Le tiers acquéreur a le même droit, bien que cette jouissance légitime de la chose en diminue la valeur (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur le démembrement de la propriété qui résulte de la constitution de l'hypothèque (t. XXX, n°s 221-242).

303. Dans quels cas les créanciers hypothécaires peuvent-ils exercer l'action en indemnité? La loi n'exige pas que les créanciers aient commencé des poursuites en expropriation contre le tiers détenteur, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Leur droit est fondé sur l'hypothèque qui démembre la propriété de l'immeuble, et ils ont intérêt à agir dès que ce droit est lésé. Les créanciers conditionnels mêmes auraient ce droit; ils peuvent faire tous les actes conservatoires de leur droit; ils peuvent donc demander la réparation du dommage éventuel que leur cause la dégradation de l'immeuble, bien entendu qu'ils ne toucheront pas le montant de l'indemnité; ils peuvent seulement exiger qu'elle soit consignée (2). Mais pour agir il faut être créancier hypothécaire; on ne conçoit pas que le contraire ait été soutenu jusqu'en appel (3); les créanciers chirographaires n'ont de droit sur les biens du débiteur que lors de la saisie, et ils doivent les prendre dans l'état où ils se trouvent à ce moment. Si les créanciers hypothécaires ont une action en indemnité contre le tiers détenteur pour cause de dégradation, c'est parce que leur droit hypothécaire a pour effet de démembrer la propriété qui en est grevée; tandis que le gage des créanciers chirographaires laisse la propriété entière dans les mains du débiteur.

N° 2. EFFET DE L'HYPOTHÈQUE QUANT AUX IMPENSES FAITES PAR LE TIERS DÉTENTEUR.

304. « Le tiers détenteur ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value

(1) Martou, t. III, p. 348, n° 1314.
(2) Merville, Dissertation (*Revue pratique*, t. VIII (1859), p. 162).
(3) Toulouse, 30 mai 1833 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1903).

résultant de l'amélioration » (art. 102; code civil, art. 2175). Il faut dire des impenses ce que nous avons dit des détériorations (n° 301). Quoique la loi en parle à l'occasion du délaissement, le droit à une indemnité qu'elle accorde au tiers détenteur n'est pas limité au cas où il délaisse; il lui appartient par cela seul qu'il est poursuivi hypothécairement et qu'il est évincé, peu importe que la vente de l'immeuble se fasse sur lui ou sur un curateur. Seulement le tiers détenteur ne peut réclamer d'indemnité que lorsque l'adjudication est prononcée; jusque-là on ne sait pas s'il sera évincé, le débiteur pouvant toujours payer la dette et les créanciers étant libres de se désister de leurs poursuites.

Pourquoi la loi donne-t-elle au tiers détenteur une action en indemnité à raison des impenses qu'il a faites sur l'immeuble? Il y a, sous ce rapport, une différence entre le tiers détenteur et le débiteur principal. Celui-ci n'a pas droit à une indemnité quand, par ses travaux, il améliore l'immeuble; les créanciers hypothécaires en profitent, par le motif que les améliorations sont un accessoire du fonds hypothéqué; les créanciers ne doivent pas d'indemnité de ce chef, cette indemnité profiterait aux créanciers chirographaires; et le législateur a pensé qu'il était plus juste que les créanciers hypothécaires profitassent des impenses, puisqu'ils supportent aussi la perte résultant de la dépréciation de l'immeuble. Le tiers détenteur est dans une tout autre situation; il n'est pas débiteur, si les améliorations qu'il fait profitaient aux créanciers sans indemnité, ceux-ci s'enrichiraient sans cause à ses dépens; il est donc juste qu'il soit indemnisé (1).

305. Quelles sont les impenses pour lesquelles il est dû une indemnité au tiers détenteur? La loi répond : les *impenses* et *améliorations*. Ces deux mots ont-ils la même signification? Dans le langage du droit, on entend par *impenses* tout ce que le possesseur d'un fonds *dépense* en travaux exécutés pour conserver la chose, pour l'améliorer ou l'embellir; le mot *améliorations* a un sens plus restreint, il ne se rapporte qu'aux travaux qui ont pour objet

(1) Martou, t. III, p. 349, n° 1317.

de procurer une plus-value au fonds : l'amélioration est l'espèce, l'impense est le genre. La difficulté est de savoir si le tiers détenteur a une action contre les créanciers pour toutes les dépenses qu'il a faites? Si la loi s'était bornée à parler des *impenses* et *améliorations*, l'affirmative n'eût pas été douteuse, mais elle ajoute que le tiers détenteur ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la *plus-value* résultant de l'*amélioration*. Comment faut-il entendre cette restriction? Cela veut-il dire que le droit de répétition est limité aux travaux qui procurent une plus-value à l'héritage? La question est controversée et il y a un doute.

Puisque le texte est entendu en sens divers, il faut consulter l'esprit de la loi. Pourquoi donne-t-elle au tiers détenteur le droit de répéter ses impenses? Parce qu'il n'est pas débiteur des créanciers hypothécaires et qu'il serait injuste que ceux-ci s'enrichissent à ses dépens. Le principe est donc celui-ci : les créanciers doivent rembourser les impenses jusqu'à concurrence du profit qu'ils en retirent. Cela exclut d'abord les impenses dites voluptuaires; s'il n'en résulte aucune plus-value, le tiers détenteur ne pourra rien répéter de ce chef. Vainement dirait-on que les travaux d'embellissement augmentent la jouissance du propriétaire; on répond, et la réponse est péremptoire, que les créanciers qui poursuivent le tiers détenteur n'ont qu'un but, celui de faire vendre l'immeuble; leur profit s'estime donc par le prix de l'adjudication; si les travaux, comme nous le supposons, n'influent pas sur le prix, ils ne s'en enrichissent pas; donc ils ne doivent aucune indemnité au tiers détenteur. Celui-ci n'a pas le droit de se plaindre : achetant un fonds grevé d'inscriptions, il a dû s'attendre à être poursuivi hypothécairement, il devait purger pour être sûr de conserver le fonds; et tant qu'il n'était pas sûr de le conserver, il ne devait pas y faire de travaux de pur agrément.

306. Sur ce point, il n'y a aucun doute; mais les travaux nécessaires et utiles donnent lieu à des difficultés. Le tiers détenteur peut-il répéter les dépenses nécessaires qu'il a faites sur un héritage hypothéqué? Il y a un pre-

mier point qui est certain. Les dépenses nécessaires augmentent toujours la valeur du fonds; le tiers détenteur pourra donc répéter ses impenses jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée. Mais ne peut-il pas demander plus? Les dépenses nécessaires sont des travaux de conservation sans lesquels la chose eût péri; ne doit-on pas dire que ces dépenses profitent pour le tout aux créanciers, puisque leur gage eût péri si elles n'avaient pas été faites? Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1), mais il n'a guère d'autorité, parce qu'il va trop loin en appliquant même la distinction des travaux nécessaires au privilége de l'architecte, interprétation qu'il est impossible de concilier avec le texte de la loi. Néanmoins nous croyons que la cour a bien jugé. En principe, le tiers détenteur qui conserve le gage des créanciers hypothécaires les enrichit de toute la dépense qu'il fait, puisque sans ces travaux leur hypothèque se serait éteinte par la perte de la chose. Reste à savoir si le texte permet d'appliquer le principe ainsi entendu. Si la loi avait voulu limiter le droit du tiers détenteur aux travaux utiles, elle n'aurait pas mentionné les *impenses*, il suffisait de parler des *améliorations*; le mot *impenses* doit donc se rapporter à des travaux qui ne sont pas des impenses utiles; partant, à des travaux de conservation. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que telle était l'opinion de Pothier (2).

On objecte que la loi ainsi interprétée pourrait tourner au préjudice des créanciers. Il en résulterait, dit-on, que le tiers détenteur pourrait répéter ses impenses intégrales, dans le cas même où, par suite d'événements ultérieurs, les travaux par lui exécutés auraient péri ou perdu tout effet utile, de sorte que la valeur de l'immeuble pourrait se trouver entièrement absorbée par la créance du tiers détenteur, et il ne resterait rien pour les créanciers (3).

(1) Rejet, 11 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 460, 1°). Voyez, dans le même sens, Delvincourt, Duranton et Dalloz (d'après un traité inédit de Flandin).

(2) Pothier, *De l'hypothèque*, ch. II, § 4. Loyseau paraît être d'un avis différent (*Du déguerpissement*, livre VI, ch. VIII, n° 11.

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 451, note 56, § 287. Dans le même sens, Martou, Grenier, Troplong, Pont et Battur.

Nous n'aimons pas l'argumentation qui se prévaut des conséquences plus ou moins probables d'une loi pour combattre l'interprétation qu'on lui donne. Les lois doivent être interprétées par elles-mêmes, et non par les résultats auxquels elles conduisent; cela regarde le législateur, l'interprète n'a pas à s'en préoccuper. L'hypothèse imaginée pour écarter l'action du tiers détenteur, outre qu'elle est improbable au dernier degré, ne prouve pas même ce qu'on veut lui faire prouver. On suppose que les travaux ont péri; il y a une autre supposition qui est l'expression de la réalité, c'est que l'héritage eût péri sans les travaux de conservation; donc, au moment où ces travaux ont été faits, ils ont conservé le droit des créanciers. C'est cette considération qui doit l'emporter.

307. On s'est prévalu, dans ce débat, des termes restrictifs de la loi. Il faut voir dans quel sens la loi est restrictive. Le tiers détenteur *ne peut* répéter ses impenses et améliorations *que* jusqu'à concurrence de la plus-value qui en résulte. Tel est le texte; il ne prévoit qu'un cas, celui de dépenses utiles qui excèdent la plus-value qu'elles procurent; ce qui est le cas ordinaire des améliorations que font les propriétaires. Les créanciers s'enrichissent, non de la dépense, mais de la plus-value ; donc ils ne doivent rembourser que la plus-value au tiers détenteur. Celui-ci n'a pas le droit de s'en plaindre; détenteur d'un fonds hypothéqué, il ne devait pas faire de travaux d'amélioration, tant que son acquisition n'était pas assurée par la purge ou par le payement des créanciers. Le droit et l'équité sont pour ceux-ci.

Reste à déterminer ce que l'on entend par plus-value. Il y a controverse. A notre avis, il faut appliquer, par analogie, au tiers détenteur ce que la loi dit du privilége des architectes ou entrepreneurs. Ceux-ci n'ont de privilége que pour le montant de la plus-value que leurs travaux ont donnée au fonds; pour estimer cette plus-value, on tient compte de l'état des lieux avant le commencement des travaux, puis, quand les travaux sont achevés, on calcule ce que le fonds vaut de plus par suite des travaux. C'est là la plus-value. Les autres créanciers ne doivent suppor-

ter cette plus-value qu'en tant qu'ils en profitent, et ils n'en profitent que lors de la vente de l'immeuble; l'article 27 (code civil, art. 2103) décide, en conséquence, que le montant du privilége se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits. Il y a analogie parfaite entre la situation des créanciers primés par l'architecte et la situation des créanciers hypothécaires tenus de rembourser les impenses faites par le tiers détenteur. Les uns et les autres doivent supporter les dépenses de travaux qui leur profitent, et ils ne doivent les supporter que dans la mesure du profit qu'ils en retirent. Il faut donc appliquer au tiers détenteur ce que nous venons de dire des entrepreneurs et architectes. Le tiers détenteur doit d'abord prouver quelle est la plus-value que les travaux ont donnée au fonds au moment où ils ont été exécutés : cela se fait en comparant la valeur que le fonds avait avant le commencement des travaux avec celle qu'il a acquise par les travaux, et en faisant abstraction de la plus-value qui pourrait résulter de causes étrangères aux travaux. Puis le tiers détenteur devra prouver quelle est la plus-value, résultant des travaux, qui subsiste à l'époque de l'aliénation de l'immeuble (1).

308. Il est arrivé que la plus-value était supérieure à la dépense faite par le tiers détenteur. Celui-ci peut-il répéter, dans ce cas, la plus-value? La question est controversée. Nous croyons qu'elle doit être décidée affirmativement. Le principe que tout le monde admet conduit logiquement à cette conséquence. Les créanciers doivent rembourser les impenses en tant qu'ils se sont enrichis; or, ils s'enrichissent de la plus-value; donc le tiers détenteur a le droit de la répéter. Si la plus-value est de 15,000 francs, tandis que la dépense est de 12,000 francs, les créanciers s'enrichissent de 15,000 francs; et s'ils ne remboursaient que la dépense, ils feraient, sans cause, un profit de 3,000 francs aux dépens du tiers détenteur; ce qui est contraire au principe. On objecte le texte; nous

(1) Rejet, 28 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 459, 1°). Comparez Rejet, 29 juillet 1819 (Dalloz, *ibid.*, n° 1956). Martou, t. III, p. 350, n° 1319, et Pont, t. II, p. 529, n° 1206.

avons d'avance répondu à l'objection en constatant que le texte ne décide qu'une question, celle de savoir ce que le tiers détenteur peut répéter quand la dépense est supérieure à la plus-value. Le code n'a pas prévu l'hypothèse inverse; donc elle reste sous l'empire du droit commun; et, dans l'espèce, le droit commun est le principe d'équité qui ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. Dira-t-on que, le tiers détenteur n'ayant dépensé que 12,000 fr., il ne s'est appauvri que de cette somme et que les créanciers l'indemnisent suffisamment en lui remboursant ses avances? Ce serait très-mal raisonner. En effet, les créanciers ne doivent pas indemniser le tiers détenteur de ce que celui-ci a dépensé, ils doivent l'indemniser du profit qu'ils retirent de la dépense; ce profit constitue une véritable perte pour le tiers détenteur, car, s'il avait vendu le fonds, il en aurait retiré la valeur qu'il lui a donnée par ses travaux; c'est donc de cette valeur qu'il s'appauvrit réellement et dont les créanciers s'enrichissent, ce qui est décisif (1).

309. Le tiers détenteur a-t-il un droit de rétention ou un privilége pour la garantie de l'action en répétition que la loi lui accorde? Nous ne comprenons pas que l'on pose la question en ce qui concerne le privilége (2). Y a-t-il un privilége sans loi qui l'accorde? La cour d'Angers a néanmoins décidé que le tiers détenteur avait non-seulement une créance privilégiée, mais même un droit réel de propriété (3). Sans doute, il est propriétaire des améliorations, puisqu'il est propriétaire du fonds, mais il est évincé du fonds et des accessoires, il ne lui reste donc aucun droit sur la chose; tout ce que la loi lui accorde, c'est une action en répétition des impenses (art. 2175; loi hyp., art. 103), donc une créance personnelle.

Dans l'opinion que nous avons enseignée sur le droit de

(1) Toulouse, 7 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 69). En sens contraire, Grenoble, 31 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1961), et tous les auteurs. Troplong, n° 838; Martou, t. III, p. 352, n° 1321; Pont, t. II, p. 529, n° 1207.

(2) Persil, Grenier, Troplong et Coulon donnent un privilége au tiers détenteur (Pont, t. II, p. 530, note 2, n° 1208).

(3) Angers, 14 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 459).

rétention (t. XXIX, n[os] 284-293), il ne peut pas plus s'agir d'un droit de rétention que d'un privilége, car le droit de rétention implique une préférence, et il n'y a pas de préférence sans texte. Dans l'espèce, il y a des motifs particuliers qui doivent faire rejeter le droit de rétention que quelques auteurs (1) reconnaissent au tiers détenteur. Le droit de rétention implique que celui qui réclame une indemnité à raison d'une chose la *détient*, et qu'il a le droit de la *retenir* jusqu'à ce qu'il soit payé. Or, le tiers détenteur qui délaisse n'a plus la détention; il ne peut par conséquent avoir la rétention. Il ne pourrait se prévaloir de la détention que dans le cas où il n'aurait pas délaissé; mais alors il y a une autre raison qui s'y oppose, c'est que le tiers détenteur pourrait entraver l'expropriation, en refusant de livrer l'immeuble pour le faire mettre en vente, et cependant lui-même est intéressé à ce que l'expropriation se poursuive, puisque c'est par l'aliénation qu'il aura son recours en garantie, qu'il jouira de la subrogation, et qu'il pourra exercer la répétition de ses impenses. Aussi cette opinion est-elle généralement rejetée (2). La jurisprudence s'est prononcée contre tout droit de préférence. Le tiers détenteur n'a qu'une simple créance qu'il exerce dans l'ordre, par voie de distraction d'une partie du prix (3).

N° 3. DROIT DU TIERS DÉTENTEUR QUANT AUX FRUITS.

310. « Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de délaisser ou de payer » (art. 104; code civil, art. 2176). On demande pourquoi le tiers détenteur gagne les fruits jusqu'à la sommation que lui font les créanciers hypothécaires. Les réponses des auteurs sont assez embarrassées (4); la raison est écrite dans nos textes. En principe, les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547); à

(1) Tarrible et Battur (Pont, p. 530, note 1, n° 1208).
(2) Bastia, 2 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 109). Martou, t. III, p. 353, n° 1322. Aubry et Rau, t. III, p. 445, note 32, § 287.
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1950, et Pont, t. II, p. 530, et notes 3 et 4, n° 1208.
(4) Martou, t. III, p. 354, n° 1323; Pont, t. II, p. 530, n° 1209.

ce titre, le tiers détenteur y a droit. Mais ce principe est en conflit avec un autre principe : les créanciers hypothécaires ont un droit sur les fruits, comme accessoires du fonds hypothéqué. La difficulté est de savoir à partir de quel moment naît le droit des créanciers. Il est certain que le fait seul de l'hypothèque ne suffit point pour immobiliser les fruits; ce serait priver le débiteur de la jouissance de la chose, tandis que l'hypothèque, à la différence de l'antichrèse, n'enlève pas la possession au débiteur, ni le droit de jouir. L'article 45 lui reconnaît ce droit pour les fruits naturels les plus importants, les coupes de bois; bien que ces coupes diminuent la valeur du fonds, le débiteur peut les faire; à plus forte raison jouit-il des fruits ordinaires. Or, le tiers détenteur a sur l'héritage qui lui est transmis les mêmes droits que le débiteur; il a donc aussi le droit de jouir. Tant que les créanciers hypothécaires n'agissent pas contre le détenteur, le droit de celui-ci aux fruits est incontestable, c'est l'exercice du droit de propriété. Mais du moment que les créanciers exproprient l'immeuble qui leur est hypothéqué, le droit du tiers détenteur aux fruits cesse. La poursuite hypothécaire doit avoir le même effet que toute action judiciaire, et il est de principe que le demandeur doit obtenir, du jour de la demande, ce qu'il aurait obtenu si le juge avait pu immédiatement décider la contestation; si les lenteurs de la justice ne doivent pas nuire au demandeur, elles ne doivent pas nuire non plus aux créanciers qui poursuivent l'expropriation.

Reste à fixer quel est le commencement de l'expropriation. La loi décide que c'est le jour où les créanciers font au tiers détenteur sommation de délaisser ou de payer. Cela suppose d'abord que le tiers détenteur n'use pas du droit que la loi lui donne de payer la dette; s'il paye les dettes hypothécaires, il n'y a pas d'expropriation. Mais s'il ne paye pas, les créanciers peuvent faire vendre, trente jours après la sommation, l'immeuble hypothéqué soit sur lui, s'il ne délaisse pas, soit sur le curateur à l'immeuble s'il délaisse. Dans ce cas, la procédure en expropriation date réellement de la sommation. Toutefois cela suppose qu'il y a un commandement contre le débiteur originaire,

car, sans commandement, il ne peut pas y avoir d'expropriation forcée (1).

311. Il y a, sous ce rapport, une différence entre l'expropriation poursuivie contre le tiers détenteur et celle qui est poursuivie contre le débiteur personnel; nous devons la noter parce qu'elle a donné lieu à une méprise. D'après la loi sur l'expropriation forcée du 15 août 1854 (art. 23 et 26), les fruits perçus par le débiteur sont immobilisés à partir de l'exploit de saisie; ce qui veut dire qu'ils sont distribués, avec le prix de l'immeuble, entre les créanciers inscrits, dans l'ordre de leurs hypothèques. Lorsque l'expropriation est poursuivie contre le tiers détenteur, l'immobilisation des fruits se fait plus tôt, à partir du jour de la sommation de payer ou de délaisser. Dès ce jour, le tiers détenteur sait qu'il sera exproprié, à moins qu'il ne paye les créanciers inscrits; si donc il ne paye pas, l'expropriation date réellement de la sommation. On a cru qu'il y avait antinomie entre le code civil et le code de procédure, et pour les concilier on a dit que le tiers détenteur devait, à la vérité, compte des fruits à partir de la sommation, mais qu'ils n'étaient immobilisés au profit des créanciers hypothécaires qu'à partir de l'exploit de saisie, de sorte que les fruits perçus depuis la sommation jusqu'à cet exploit devraient être distribués entre tous les créanciers (2). A vrai dire, il n'y a pas d'antinomie; seulement il faut distinguer l'expropriation dirigée contre le tiers détenteur et celle qui est poursuivie contre le débiteur. Dans le premier cas, le tiers détenteur *doit* les fruits, dit l'article 104 (code civil, art. 2176). A qui les doit-il? Aux créanciers hypothécaires qui le poursuivent; donc les fruits sont immobilisés à leur profit. Quant aux créanciers chirographaires, ils n'ont aucun droit aux fruits, puisqu'ils n'ont aucun droit dans le fonds qui les produit.

312. L'article 104 (code civil, art. 2176) ajoute : « Si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 450, note 51, § 287.

(2) Tarrible, dans le *Répertoire* de Merlin, au mot *Tiers détenteur*, n° 13. En sens contraire, Martou, t. III, p. 356, n° 1326, et Pont, t. II, p. 532, n° 1212.

trois ans, le tiers détenteur doit les fruits à compter de la nouvelle sommation qui sera faite. » Après trois ans, la sommation est périmée (n° 258), c'est-à-dire qu'elle est censée n'avoir pas été faite; il n'y a donc pas eu de procédure en expropriation, par conséquent on rentre dans le droit commun, en vertu duquel les fruits appartiennent au propriétaire. Les créanciers devront faire une nouvelle sommation s'ils veulent poursuivre l'expropriation de l'immeuble; dans ce cas, c'est à partir de cette sommation que les fruits seront dus par le tiers détenteur.

Il y a, sous ce rapport, une différence entre la péremption de l'article 104 (code civil, art. 2176) et la péremption ordinaire des instances judiciaires. Celle-ci doit être demandée et déclarée par le juge (code de proc., art. 399 et 400), tandis que la péremption de l'article 104 a lieu de plein droit quand les créanciers abandonnent les poursuites pendant trois ans. La disposition est favorable au tiers détenteur; il doit croire, après une si longue inaction, que les créanciers renoncent à la poursuite; d'un autre côté, le législateur n'a pas voulu que le tiers détenteur fût tenu de restituer tous les fruits qu'il a perçus, par le seul fait qu'il néglige de demander la péremption (1).

313. L'article 104 (code civil, art. 2176) ne parle que des fruits de l'immeuble hypothéqué. Que faut-il dire des intérêts qui sont dus par l'acheteur, dans le cas où la chose vendue produit des fruits (art. 1652)? Ces intérêts représentent les fruits que l'acheteur perçoit; ils sont par conséquent régis par les mêmes principes que les fruits, c'est-à-dire que les créanciers n'y ont droit qu'à partir de la sommation. Quant aux intérêts courus depuis la vente jusqu'à la sommation, ils constituent une valeur mobilière qui se répartit entre tous les créanciers du vendeur auquel ils sont dus (2).

(1) Martou, t. III, p. 355, nos 1324 et 1325. Pont, t. II, p. 581, n° 1211.
(2) Cassation, 23 juin 1862 (Dalloz, 1863, 1, 243). Aubry et Rau, t. III, p. 450 et suiv., et note 54, et les autorités qu'ils citent.

N° 4. EFFET DE L'EXPROPRIATION QUANT AUX DROITS ÉTEINTS PAR CONFUSION.

314. L'article 105 (code civil, art. 2177) porte : « Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. » Les droits réels que l'acquéreur avait sur l'héritage avant d'en avoir fait l'acquisition s'éteignent par confusion au moment où l'acquéreur en devient propriétaire; celui-ci ne peut pas avoir de droit réel sur une chose dont il a la toute propriété. Pourquoi ces droits renaissent-ils par suite de l'expropriation du tiers détenteur? On a dit que le droit de propriété est résolu par la vente forcée, de sorte que le tiers détenteur serait considéré comme n'ayant jamais été propriétaire et, par conséquent, la confusion est censée ne s'être jamais opérée (1). Cela n'est pas exact. L'expropriation forcée est une nouvelle vente; or, la revente ne résout pas les droits de l'acheteur, elle opère une nouvelle transmission de propriété. Loin de faire exception à ce principe, l'article 105 lui-même (code civil, art. 2177) le confirme dans le deuxième alinéa, en disposant que les hypothèques consenties par le tiers détenteur subsistent; c'est l'application du droit commun, en vertu duquel la revente laisse subsister tous les droits constitués par l'acheteur. On a prétendu qu'il y avait antinomie entre les deux dispositions de l'article 105 (code civil, art. 2177) (2); de sorte qu'un seul et même article déciderait que l'adjudication de l'immeuble faite sur le tiers détenteur ou sur le curateur résout les droits de l'acquéreur et les maintient. Cela n'est guère admissible; on ne peut pas croire que le législateur ait commis une pareille méprise. Les deux dispositions de l'article 105 (code civil, art. 2177), loin d'être contradictoires, s'expliquent parfaitement; c'est une application des principes généraux de droit. Si les hypothèques consenties par le tiers déten-

(1) Duranton, t. XX, p. 475, n° 278. Comparez Martou, t. III, p. 357, n° 1327. Arntz, t. II, p. 763, n° 1905. Toulouse, 7 mars 1848, dans les motifs (Dalloz, 1848, 2, 69).
(2) Pont, t. II, p. 534, n° 1214.

teurs sont maintenues, c'est parce que le tiers détenteur est propriétaire et qu'il conserve la propriété jusqu'à l'adjudication. Si, d'autre part, les droits qu'il avait avant son acquisition renaissent lorsqu'il est exproprié, la raison en est que la confusion réelle, de même que la confusion personnelle, n'éteint pas les droits définitivement, elle empêche seulement celui à qui ils appartiennent de les exercer, parce qu'il y a impossibilité d'avoir sur un fonds un démembrement de propriété, alors que l'on a la toute propriété de cet immeuble; dès que cette impossibilité cesse, les droits qui le grevaient au profit de l'acquéreur peuvent être exercés. On ne peut pas même dire que ces droits revivent, car en réalité, ils n'ont jamais été éteints; il y avait seulement impossibilité de les exercer ; cette impossibilité cessant, l'exercice des droits que la loi avait déclarés éteints reprend son cours provisoirement interrompu. Cette explication est au fond celle de Loyseau; il donne à sa pensée une forme poétique. « Comme celui, dit-il, qui a une taie en l'œil, recouvre la vue quand la taie est ôtée, aussi celui qui ne pouvait user de la servitude pour être seigneur de l'héritage, peut bien recouvrer sa servitude quand l'héritage lui est ôté (1). » La *taie* est un obstacle passager qui nous empêche de voir, comme l'acquisition est un empêchement de fait à l'exercice de la servitude, mais la vue existe, et la servitude n'est pas éteinte. Quand l'obstacle disparaît, l'œil voit de nouveau, sans que l'on puisse dire que la vue fût éteinte; de même les droits réels n'ont pas été éteints par la confusion; on ne pouvait les exercer tant que la confusion durait; on peut les exercer quand la confusion cesse.

315. A partir de quel moment les droits éteints par confusion renaissent-ils? La loi dit qu'ils renaissent « après le délaissement (fait par le tiers détenteur), ou après l'adjudication faite sur lui ». Cette disposition de l'article 105, qui reproduit l'article 2177 du code civil, est mal rédigée. Les droits renaissent après l'adjudication, que la vente se soit faite sur le tiers détenteur ou sur le curateur de l'immeuble delaissé; car, par l'effet de l'adjudication, le

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre VI, ch. IV, n° 10.

détenteur cessant d'être propriétaire, l'obstacle qui s'était opposé jusque-là à l'exercice des droits réels disparaît, et dès lors rien ne l'empêche d'exercer ses droits. Mais le délaissement ne suffit point, comme le dit l'article 105 (code civil, art. 2177), car le tiers détenteur qui délaisse reste propriétaire; donc l'empêchement qui s'opposait à l'usage de ses droits subsiste, et, par suite, la confusion continue malgré le délaissement.

316. La loi parle des servitudes et droits réels; elle s'applique, par conséquent, à tous droits réels, même aux hypothèques que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant d'en être devenu propriétaire. En droit, il n'y a aucune différence entre les hypothèques et l'emphytéose, la superficie, l'usufruit et autres droits réels; le tiers détenteur ne peut avoir un démembrement de la propriété sur l'immeuble dont il a acquis la propriété entière, et tous ces droits renaissent quand il cesse d'être propriétaire. Mais l'application du principe aux hypothèques présente une légère difficulté. L'inscription doit être renouvelée avant l'expiration de quinze ans à partir de sa date. On demande si le tiers détenteur doit la renouveler à compter du moment où il est devenu propriétaire jusqu'à l'adjudication? L'affirmative est admise par la doctrine et la jurisprudence, et, à notre avis, la solution est certaine. L'hypothèque ne peut pas produire d'effet quand l'inscription est périmée; si le tiers détenteur n'a pas renouvelé l'inscription avant les quinze ans, l'hypothèque qu'il avait sur l'immeuble sera inefficace, et en ce sens elle ne pourra pas revivre. Il doit donc avoir soin de renouveler l'inscription. On objecte qu'il ne peut pas prendre inscription ni la renouveler sur un immeuble dont il est propriétaire; il ne peut surtout pas, dit-on, faire le renouvellement tant qu'il n'a pas délaissé, puisqu'il est alors dans la situation de tout propriétaire qui ne saurait s'inscrire sur ses propres biens. A vrai dire, le délaissement n'apporte aucun changement à la situation du tiers détenteur, il reste propriétaire après comme avant, mais cela ne l'empêche pas de renouveler son inscription. En effet, il a intérêt à conserver son hypothèque en vue de l'expropriation dont il est menacé;

il a donc un droit éventuel à conserver, ce qui lui donne le droit de renouveler l'inscription; quant à l'obstacle légal que l'on trouve dans sa qualité de propriétaire, il lui est facile de l'écarter. Ce qu'il y a d'impossible, c'est qu'un propriétaire s'exproprie lui-même; mais l'inscription n'est pas une expropriation, c'est une mesure conservatoire que toute personne intéressée peut prendre (1).

N° 5. EFFET DE L'EXPROPRIATION SUR LES DROITS CONCÉDÉS PAR LE TIERS DÉTENTEUR.

317. « Les créanciers personnels du tiers détenteur, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque, à leur rang, sur le bien délaissé ou adjugé » (art. 105; code civil, art. 2177). Cette disposition ne fait qu'appliquer les principes élémentaires de droit. Le tiers détenteur peut-il hypothéquer? Oui, certes, puisqu'il est propriétaire. Ces hypothèques subsistent-elles après le délaissement? Cela ne fait pas même question, puisque le délaissement n'est que l'abandon de la *détention* de l'immeuble; la loi a donc tort de parler du délaissement, qui ne change rien à la situation du tiers détenteur, ni aux droits des créanciers auxquels il a concédé une hypothèque. Ces droits sont-ils résolus par l'adjudication prononcée soit sur le tiers détenteur, soit sur le curateur à l'immeuble délaissé? Non, évidemment, puisque le droit du tiers détenteur n'est point résolu. Quel est le rang de ces créanciers? Celui que leur donne l'inscription qu'ils ont dû prendre. Toutes ces décisions sont évidentes, puisqu'elles sont écrites dans la loi.

318. La loi ne parle que des hypothèques. Que faut-il dire des autres droits réels? Si le tiers détenteur grève l'immeuble d'une servitude, d'un usufruit, d'une emphytéose ou d'une superficie, ces droits seront-ils résolus quand les créanciers poursuivront l'expropriation de l'immeuble? Non, pas plus que les hypothèques. Mais il y a une différence

(1) Martou, t. III, p. 358, n° 1329. Duranton, t. XX, p. 475, n° 279, et les auteurs qu'il cite.

entre l'hypothèque et les autres droits réels consentis par l'acquéreur. L'hypothèque ne peut pas nuire aux créanciers inscrits sur les précédents propriétaires, puisqu'ils priment les nouveaux créanciers par le rang de priorité que leur donne l'inscription ; tandis que les servitudes et tout autre démembrement de la propriété nuiraient aux créanciers inscrits ; or, le tiers détenteur, pas plus que le débiteur personnel, ne peut diminuer ni altérer les droits des créanciers inscrits sur l'immeuble. C'est dire que ceux qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble, du chef du tiers détenteur, ne peuvent pas opposer ces droits aux créanciers inscrits sur les précédents propriétaires (1).

N° 6. DROIT DES TIERS DÉTENTEURS ÉVINCÉS.

319. Le tiers détenteur qui est poursuivi hypothécairement subit une éviction, quel que soit le parti qu'il prenne. Cela est d'évidence quand il se laisse exproprier : c'est l'éviction proprement dite, celle qui est prononcée par le juge. Alors même qu'il délaisse l'héritage, il est encore exproprié et judiciairement évincé, puisque l'expropriation se poursuit contre le curateur et aboutit à l'adjudication. Il en serait ainsi même dans le cas où le tiers détenteur se serait porté adjudicataire ; à la vérité, il reste propriétaire dans ce cas, et l'on peut dire qu'il n'a jamais cessé de l'être ; néanmoins il est évincé, car s'il conserve la propriété, ce n'est pas en vertu de son contrat d'acquisition ; le vendeur n'a donc pas rempli l'obligation qu'il avait contractée, de le rendre propriétaire ; s'il reste propriétaire, c'est en vertu d'une nouvelle acquisition ; il est donc évincé tout ensemble et propriétaire. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre de la *Vente* (2). Enfin le tiers détenteur est évincé s'il paye les dettes hypothécaires, sans qu'il se fût obligé par son contrat à les payer ; il y a encore éviction, dans le sens large du mot, puisque l'acquéreur ne conserve pas la propriété en vertu de son contrat, mais

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 453, § 287.
(2) Voyez le t. XXIV de mes *Principes*, p. 210, nos 216-224.

par suite du payement des dettes inscrites sur l'immeuble.

Quel est le droit du tiers détenteur qui subit l'éviction? Le code civil (art. 2178) répondait directement à la question : « Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a le *recours en garantie, tel que de droit,* contre le débiteur principal. » Les auteurs de notre loi hypothécaire ont changé la rédaction de la fin de cette disposition; l'article 106 porte que « le tiers détenteur exerce son *recours,* tel que de droit, contre le débiteur principal ». Quel est le motif de ce changement? On lit dans le rapport de la commission spéciale : « Nous avons remplacé les mots *a le recours en garantie,* qui semblaient ne s'appliquer qu'à la garantie qui a lieu dans les contrats synallagmatiques, par les mots plus généraux *a son recours,* qui s'entendent aussi bien de la *garantie proprement dite* des objets donnés ou vendus que de la *subrogation aux droits des créanciers* qui ont été désintéressés par le tiers détenteur (1). »

320. Le tiers détenteur a donc deux actions, du moins il peut en avoir deux, l'action en garantie pour cause d'éviction et l'action contre le débiteur principal qui naît de la subrogation aux droits des créanciers que le tiers détenteur désintéresse directement ou indirectement.

Nous avons dit, au titre de la *Vente,* quand il y a lieu à la garantie et quels en sont les effets. Le tiers détenteur évincé n'a pas toujours l'action en garantie; en effet, la garantie n'est due, en principe, que dans les contrats commutatifs, tels que la vente et l'échange; elle n'est pas due dans les contrats à titre gratuit. Le donateur ne doit la garantie que par exception; ainsi elle est due par ceux qui constituent la dot (art. 1440); nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage.* Toutefois il se peut que le donataire ait l'action en garantie, non contre le donateur, mais contre l'auteur du donateur; si celui-ci a acquis à un titre qui donne droit à la garantie, il transmet

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 57). Lelièvre Rapport (Parent, p. 157).

son droit au donataire; celui-ci aura, par conséquent, un recours contre le garant, non comme donataire, mais comme ayant cause du donateur. Ce que nous disons du donataire s'applique aussi au légataire; l'éviction ne lui donne pas un droit à la garantie; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations et testaments*.

La loi ne s'occupe pas de l'action en garantie, au titre des *Hypothèques*, elle s'en rapporte aux principes généraux. C'est en ce sens que l'article 106 (code civil, art. 2178) dit que le tiers détenteur qui est évincé a son recours tel que de droit. Par application de ces principes, il faut décider que l'acheteur peut agir en garantie dès qu'il est troublé dans son droit de propriété par l'action des créanciers hypothécaires, par conséquent, dès que les créanciers lui font sommation de délaisser ou de payer; il y a lieu alors à la garantie proprement dite, c'est-à-dire que le garant doit prendre la défense contre le tiers détenteur menacé d'être exproprié. Si cette défense ne réussit pas, ou si le garant ne peut pas défendre le tiers détenteur, l'éviction aura lieu par l'adjudication de l'immeuble hypothéqué; ce qui donne ouverture à l'action en dommages-intérêts telle qu'elle est établie au titre de la *Vente*. La cour de Pau a consacré ces principes élémentaires en réformant un jugement qui avait déclaré l'action du tiers détenteur non recevable tant qu'il ne serait pas évincé : c'était confondre les droits qui naissent de l'éviction avec le droit qui appartient à l'acquéreur dès qu'il est troublé. L'acquéreur a droit à la défense, qui est l'objet essentiel de la garantie; son action est donc recevable dès qu'il est sommé de délaisser, sauf au juge à surseoir jusqu'à l'adjudication pour statuer sur les restitutions et dommages-intérêts auxquels le garant sera condamné quand l'éviction sera consommée (1).

321. Le tiers détenteur n'a pas toujours l'action en garantie (n° 320); il ne l'a pas quand son auteur n'est pas tenu à la garantie et ne lui transmet pas le droit à un recours. Mais le tiers détenteur est toujours subrogé, en vertu de la loi, aux droits du créancier qu'il désintéresse.

(1) Pau, 10 avril 1840 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 854).

Aux termes de l'article 1251, 3°, « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Or, tout tiers détenteur est tenu pour le débiteur principal, en ce sens que, si le débiteur ne paye pas, le tiers détenteur sera contraint de payer. Il payera directement si, sur la sommation qui lui est faite de délaisser ou de payer, il se décide à payer les dettes hypothécaires; il les paye pour le débiteur, il est intéressé à payer afin de conserver la propriété de l'immeuble; partant, il peut invoquer la subrogation légale. Si, au lieu de payer, il délaisse, l'expropriation continue, l'immeuble hypothéqué sera vendu sur le curateur et le prix distribué aux créanciers inscrits; or, ce prix appartient au tiers détenteur, c'est lui qui paye les créanciers, donc il est subrogé à leurs droits. Il en est de même s'il ne délaisse point : il est directement exproprié, et le prix de sa chose servant à payer ces créanciers, il leur est subrogé.

Quel est l'effet de la subrogation? Sur ce point, nous renvoyons au titre des *Obligations*, qui est le siége de la matière (1).

CHAPITRE VII.

DE LA TRANSMISSION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

§ Ier. *Notions générales.*

322. Les priviléges et hypothèques sont des accessoires de la créance au payement de laquelle ils sont affectés. Ils se transmettent avec la créance à tous ceux qui ont le

(1) Duranton, t. XX, p. 480, nos 283-286. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 677, nos 1661-1663. Comparez le t. XVIII de mes *Principes*, nos 109-129.

droit d'exercer la créance, soit comme successeurs universels, soit comme successeurs à titre particulier : c'est l'application du principe élémentaire que l'accessoire suit le principal. L'article 1692 porte que la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, *privilége* et *hypothèque*. Et, aux termes de l'article 1250, la subrogation conventionnelle a pour effet de subroger le tiers qui paye aux droits, actions, *priviléges* ou *hypothèques* du créancier contre le débiteur. La subrogation légale a le même effet.

323. Il se présente des difficultés sérieuses sur le rang des cessionnaires lorsque le créancier ne cède qu'une partie de sa créance, ou qu'il la cède par actes distincts à plusieurs cessionnaires. Un premier point nous paraît certain, c'est que l'article 1252, relatif à la subrogation, n'est pas applicable à la cession; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 132). Si donc le créancier cède une partie de sa créance, et si le prix de l'immeuble hypothéqué ne suffit point pour le payement intégral du cédant et du cessionnaire, ils viendront par contribution. Cela suppose que le cessionnaire, de son côté, n'a point de préférence à l'égard du cédant. La raison en est qu'il n'y a pas de préférence entre créanciers; il faut une cause légale, et, dans l'espèce, il n'y en a point. Le créancier cède une partie de sa créance; les deux fractions sont d'une nature identique, leur condition doit donc être la même. Troplong invoque la bonne foi, c'est-à-dire l'équité, en faveur du cessionnaire. Supposons que l'équité soit pour lui; est-ce que l'équité est une cause de préférence entre créanciers? La question est une hérésie juridique. Il n'est pas même exact de dire que l'équité soit pour le cessionnaire; le cédant lui transporte une fraction de la créance avec la garantie hypothécaire qui y est attachée, il ne renonce pas au rang que lui donne son hypothèque; il ne doit donc rien au cessionnaire (1).

Le principe reçoit exception quand le cédant a expressé-

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Pont, t. I, p. 231, n° 239. Aubry et Rau, t. IV, p. 445, n° 359 *bis*, note 79.

ment transporté au cessionnaire la priorité; cette convention, comme toute autre, fait la loi des parties. On demande si la cession peut être tacite. Voici l'espèce. Le cédant s'engage à payer à défaut du débiteur cédé, ou il garantit la solvabilité actuelle et future du débiteur. On admet que cette clause emporte cession virtuelle de la priorité. Entre les parties, le cédant et le cessionnaire, cela peut se soutenir. La clause revient à dire que le cédant garantit au cessionnaire son payement; or, ils se trouvent en concours sur l'immeuble hypothéqué au moment où le prix va se distribuer entre eux; c'est à ce moment que le cédant doit remplir son engagement, et la manière la plus naturelle de le remplir est que le cessionnaire soit payé avant le cédant. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Quand y a-t-il garantie de solvabilité actuelle et future? C'est une question d'intention, donc de fait; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente*.

Lorsqu'il y a concours entre des cessionnaires successifs de portions d'une même créance, il faut distinguer. Si les diverses cessions ont été faites sans aucune clause de transport de priorité, tous les cessionnaires seront sur la même ligne : il n'y a entre eux aucune cause légale de préférence, donc, en cas d'insuffisance du prix, ils viendront par contribution. Cela est si évident, qu'il est inutile de citer des autorités (2). L'opinion contraire de Zachariæ est restée isolée; elle a été répudiée par ses éditeurs.

On admet généralement une exception dans le cas où le cédant a, expressément ou virtuellement, accordé à un ou plusieurs des cessionnaires successifs la priorité sur lui-même. Pour justifier cette exception, on dit que les cessionnaires doivent jouir, à l'égard des tiers, du même droit qu'ils exerceraient contre le cédant, par application de l'adage que personne ne peut transférer à d'autres plus de droits qu'il n'en a lui-même. Nous admettons l'adage et l'application que l'on en fait à l'espèce quand il y a transport d'un droit réel : telle serait la clause par laquelle le

(1) Pont, t. I, p. 231, n° 239. Aubry et Rau, t. IV, p. 445, et note 80, § 359 *bis*.
(2) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. IV, p 446, § 359 *bis*, note 81.

cédant transmet à l'un des cessionnaires le rang de priorité. Ce rang est un effet de l'hypothèque, donc un droit réel; la convention donne au cessionnaire un droit acquis dans la chose, droit dont le cédant ne peut plus le dépouiller en faisant de nouvelles cessions; les cessionnaires postérieurs reçoivent un droit réel, limité par le transport du rang de priorité; c'est dire qu'ils seront primés par les cessionnaires auxquels la priorité a été transmise. Mais si le cédant s'est seulement obligé de payer le cessionnaire à défaut du débiteur cédé, cette garantie ne donne pas au cessionnaire un droit réel; c'est un simple engagement personnel qui lie le cédant, mais qui n'oblige pas ses ayants cause à titre particulier. Nous avons déjà rencontré la difficulté, elle tient à l'interprétation de l'article 1743. Nous renvoyons au titre du *Bail* (1).

324. Les priviléges et hypothèques peuvent-ils aussi se transmettre séparément sans les créances, dont elles sont un accessoire? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative, en consacrant la validité de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, expression qui comprend des faits juridiques très-divers, et notamment la cession de l'hypothèque de la femme, indépendamment de la créance à laquelle elle est attachée. En théorie, la validité d'une pareille transmission nous paraît très-douteuse. Nous ne comprenons pas comment on peut détacher un droit accessoire que la loi ou la volonté des parties a créé pour la garantie d'une créance principale. L'accessoire, dans l'espèce, est inséparable du principal. Concevrait-on que le créancier transportât à une créance étrangère le cautionnement stipulé pour la garantie de sa créance? Cela est impossible; la caution s'est obligée pour la dette à laquelle elle a accédé; on ne peut pas détacher son obligation de l'obligation principale. Sur ce point, il n'y a aucun doute; il en doit être de même des hypothèques et priviléges. On dira qu'il y a une différence : la caution est obligée par un lien personnel, et elle ne peut pas, sans sa volonté, être

(1) La question est controversée. Voyez les auteurs et les arrêts cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 446, § 359 *bis*, note 82.

tenue de payer une dette à laquelle elle n'a pas accédé. Cela est très-vrai, mais l'hypothèque aussi naît d'une convention par laquelle les parties ont affecté une garantie pour le payement d'une dette déterminée : le créancier peut-il, sans un nouveau concours de volontés, détacher l'hypothèque de la créance pour l'attacher à une autre créance? Pour le privilége, il y a un motif particulier de douter. C'est une préférence qui dépend de la *qualité* de la créance : peut-on transporter une *qualité,* qui tient à l'essence de la créance, à une autre créance qui n'a point cette qualité? Cela reviendrait à dire que les parties peuvent créer des priviléges, tandis que la loi seule a ce pouvoir. L'impossibilité est moindre pour les hypothèques conventionnelles, mais elle est tout aussi grande pour les hypothèques légales; et, au point de vue pratique, la question ne se présente que pour les hypothèques légales. Le législateur accorde une hypothèque de plein droit aux incapables; voilà certes un droit essentiellement personnel : peut-on le détacher de la personne incapable pour l'attacher à des personnes capables? Ce serait défaire ce que la loi a fait.

Abstraction faite de ces considérations, particulières aux priviléges et aux hypothèques légales, la transmission d'un droit accessoire établi pour la garantie d'un droit principal nous paraît juridiquement impossible. L'esprit de notre législation s'y oppose. Pourquoi la loi a-t-elle créé la fiction de la subrogation? Pour faire passer au subrogé les garanties affectées à la créance qu'il a payée. Le moyen le plus simple d'atteindre ce but était certainement de transmettre les priviléges, hypothèques, cautionnements à l'action que le subrogé a en vertu du payement qu'il fait, soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires. Au lieu de prendre cette voie si simple, la loi recourt à une fiction plus compliquée : elle suppose ou elle feint que l'obligation principale est cédée au subrogé, ce qui lui donne droit aux garanties accessoires. Pourquoi la loi prend-elle cette voie détournée? Ne serait-ce point parce que les accessoires ne se transmettent pas sans le principal? Voulant transporter les priviléges et les hypothèques au subrogé, la loi n'a trouvé d'autre moyen que de le subroger à la créance.

principale. Elle l'a fait pour les droits réels aussi bien que pour le cautionnement. Nous en concluons que, dans l'esprit de la loi, l'accessoire ne peut pas être cédé sans le principal (1).

325. Que dit-on en faveur de l'opinion contraire, qui est généralement enseignée? M. Valette dit que, par la cession ou la subrogation, l'hypothèque est détachée *en quelque sorte* de la créance dont elle était l'accessoire, pour être transférée au nouveau créancier appelé désormais à l'exercer en son propre nom (2). L'auteur, esprit net et précis, n'ose pas dire que l'hypothèque *est détachée* de la créance, il dit qu'elle en est *en quelque sorte détachée*. Ainsi la séparation n'est pas réelle; elle est donc fictive. Or, les fictions peuvent-elles exister sans loi? Et où est la loi, où est l'article du code qui consacre cette fiction? Tout le monde avoue que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme n'est pas consacrée par le texte de la loi, qu'elle a été imaginée par les praticiens : est-ce que les interprètes ont le droit de créer des fictions? Le silence du code est décisif et il répond au seul argument juridique que l'on fait valoir pour justifier la pratique. Aucune loi, dit-on, ne prohibe la cession d'un droit d'hypothèque; ce droit, purement pécuniaire, ne peut pas être mis hors du commerce; donc il est transmissible. L'argument serait décisif s'il s'agissait d'un principe de droit commun; mais quand on commence par avouer que la cession de l'hypothèque sans la créance est une fiction, on n'a plus le droit d'invoquer les principes généraux, car les fictions sont dans le domaine exclusif du législateur. On insiste et l'on dit que c'est le cas d'appliquer l'adage *Qui peut le plus, peut le moins*. Nous rencontrerons cet adage dans tout le cours de ce débat; on en abuse étrangement. Le propriétaire du fonds au profit duquel une servitude est établie a deux droits, il a la propriété du fonds dominant et il a une servitude;

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 455, et note 2, § 288, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Valette, *Des priviléges et hypothèques*, p. 210 et suiv., et en ce sens, les auteurs cités par Aubry et Rau (note 2, p. 455); il faut ajouter Martou, t. I, p. 191, n° 175, et Pont, *Priviléges et Hypothèques*, n° 334 (t. I, p. 348).

il peut certes disposer du fonds dominant, et s'il l'aliène, il transmet en même temps la servitude que les jurisconsultes romains comparent à une qualité du fonds. Est-ce à dire qu'il peut aussi céder la servitude séparément de l'héritage auquel elle est attachée? Non, certes; donc il peut le *plus* et il ne peut pas le *moins*. La raison en est très-simple : c'est que le *moins*, dans l'espèce, diffère du *plus*. Je puis disposer d'un fonds, mais il m'est impossible de disposer d'une qualité de ce fonds en la vendant séparément. Ne faut-il pas en dire autant des priviléges et hypothèques? La loi dit elle-même que le privilége est une *qualité* de la créance; or, le privilége est une hypothèque privilégiée; on peut dire aussi de l'hypothèque que c'est une qualité que la convention, la loi ou le testament attribuent à une créance: il n'est pas plus possible de détacher d'un droit une qualité conventionnelle qu'une qualité légale.

326. La manière dont s'est introduite la cession de l'hypothèque séparément du fonds confirme nos doutes. Ce n'est pas la doctrine qui a établi cette théorie, c'est la pratique qui l'a imaginée pour échapper aux conséquences funestes de l'hypothèque légale de la femme. Dans le système du code, cette hypothèque frappe tous les biens du mari, présents et futurs, et elle est en même temps indéterminée quant au montant des droits de la femme. Les tiers qui contractent avec le mari, soit comme acheteurs, soit comme créanciers, n'ont aucun moyen de connaître les créances hypothécaires par lesquelles ils sont primés, ou par l'exercice desquelles ils peuvent être évincés. Ce danger arrêtait les transactions ou les rendait onéreuses pour le mari; le crédit de celui-ci en souffrait, et, par suite, la propriété de la famille était entravée. Il fallait trouver un moyen de mettre les tiers à l'abri du danger qui les menaçait. On imagina de faire intervenir les femmes dans les contrats où leurs maris figuraient comme vendeurs ou comme débiteurs; la femme renonçait à son hypothèque légale en faveur des tiers qui traitaient avec le mari, ou elle leur cédait ses droits hypothécaires, ou les y subrogeait, ou leur abandonnait son rang de priorité. Ces conventions, très-usitées en France, devinrent une pratique

presque universelle; elle était répandue partout avant que la doctrine s'en occupât. Il y eut d'abord des résistances au nom du droit, mais la force des choses, comme on dit, l'emporta; aujourd'hui toute résistance a cessé. Mais les difficultés subsistent; à chaque pas, la doctrine se heurte contre un principe; il n'y a presque pas un point sur lequel les auteurs soient d'accord. A vrai dire, il n'y a pas de doctrine, les auteurs ont subi la domination des faits. Ceux-là mêmes qui les ont acceptés franchement, et qui cherchent à les expliquer, avouent qu'il s'agit d'un accommodement avec la loi, de même que les théologiens ont imaginé des accommodements avec le ciel.

La subrogation à l'hypothèque légale, dit M. Pont, s'est introduite dans la pratique comme une sorte de *palliatif* que les prérogatives attachées aux droits et créances des femmes mariées ont rendu nécessaire. Un *palliatif!* Cela suppose que la pratique a cherché à éluder la loi qui la gênait; et éluder la loi, n'est-ce pas la violer? Les conventions de l'espèce, continue M. Pont, ont pour objet de rétablir le crédit du mari qu'une *application rigoureuse* des principes sur l'hypothèque aurait compromis ou anéanti. Ainsi la pratique a trouvé un moyen d'échapper aux inconvénients que présentait l'application *rigoureuse* de la loi! L'aveu condamne d'avance toute la théorie que les auteurs ont essayé de construire. Toute hypothèque légale gêne le débiteur et diminue son crédit; mais si la loi trouve bon d'accorder une hypothèque à la femme, fût-elle générale et occulte, est-ce que cela autorise les interprètes à se mettre au-dessus de la loi (1)?

Martou, l'excellent interprète de notre loi hypothécaire, avoue que les moyens inventés par les praticiens pour garantir les tiers contre l'hypothèque de la femme aboutissaient à annuler en fait les sûretés que le législateur a accordées à la femme. Ainsi le législateur fait, et la pratique défait! Quand la pratique serait universelle, nous ne lui reconnaissons pas ce droit-là, et personne n'oserait soutenir qu'elle ait le pouvoir de corriger la loi et de faire un

(1) Pont, t. II, p. 478, n° 450.

nouveau code civil. Martou avoue encore qu'il y avait quelque contradiction dans un état de choses où l'on voyait les femmes mariées *défaire presque toujours l'œuvre du législateur* (1). Pour le coup, l'aveu témoigne contre la doctrine qui a essayé de légitimer une pratique illégale, car c'est bien une illégalité que de *défaire l'œuvre de la loi*.

327. Quand la loi est mauvaise, les interprètes ne doivent pas s'ingénier à la tourner et à l'éluder ; qu'ils signalent les défauts de la loi et qu'ils en demandent la révision! C'est ce qui a été fait en Belgique. La loi hypothécaire a aboli les hypothèques générales, elle a soumis l'hypothèque de la femme à la spécialité et à la publicité. Dès lors les praticiens doivent être satisfaits, et il n'y a plus de raison pour éluder la loi en annulant l'hypothèque de la femme dans l'intérêt du mari. Sans doute l'hypothèque de la femme diminuera toujours le crédit du mari : c'est l'effet de toute hypothèque. Il n'y avait qu'un moyen de laisser au mari tout le crédit que peut lui assurer sa fortune immobilière, c'était d'abolir l'hypothèque légale de la femme ; le législateur a cru devoir la lui conserver, il faut respecter sa volonté. La spécialité et la publicité donnent aux tiers toutes les garanties qu'ils peuvent désirer ; ils ne traiteront plus avec la crainte d'une éviction qui les menace, ou d'une préférence dont ils ne peuvent determiner l'étendue, l'inscription leur fera connaître le montant des charges qui grèvent les biens du mari, comme elle leur fait connaître la situation hypothécaire de tout propriétaire (2). S'il y a des droits éventuels, les tiers n'en éprouvent aucun préjudice, le montant de ces droits peut être moindre que celui que l'inscription a fixé ; dans ce cas, les tiers en profiteront ; s'il est plus élevé, les tiers n'en souffriront pas, puisqu'on ne peut leur opposer que les droits conservés par l'inscription. Faut-il maintenir, dans ce nouvel ordre de choses, la subrogation à l'hypothèque de la femme, telle que la jurisprudence française l'a consacrée? A notre avis, la négative est certaine. Il n'y a même plus de prétexte

(1) Martou, t. III, p. 37. nº 930.
(2) Martou, t. III, p. 39, nº 930.

pour éluder la loi : elle a été faite contre les femmes mariées, dans l'intérêt du crédit des maris, et dans l'intérêt des tiers; aller plus loin, c'est défaire la loi nouvelle. Cependant les interprètes, dominés par la tradition, ont reproduit les principes de la jurisprudenee française. C'est une erreur; car c'est corriger la loi, alors que le législateur a décidé dans quelles limites il convenait de sacrifier l'intérêt des femmes à l'intérêt général; il n'appartient pas à l'interprète de dépasser ces limites.

Le législateur belge a fait plus. Il a autorisé la femme à renoncer aux inscriptions prises en sa faveur dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari (art. 71); il a par cela même rejeté tout ce que la jurisprudence française avait toléré, en permettant à la femme de céder son hypothèque, d'y subroger ou d'y renoncer. Nous commencerons par déterminer l'étendue et les effets de la disposition nouvelle, puis nous examinerons si l'on peut aller au delà. En Belgique, les conventions, si usitées en France, sont à peine connues; la pratique les ignorait sous l'empire du code Napoléon. D'après notre loi nouvelle, elles deviennent à peu près inutiles; de là la rareté des décisions judiciaires sur une matière qui, en France, a suscité tant de controverses. C'est une raison de plus pour nous en tenir au simple exposé des principes.

§ II. *Principe établi par la loi belge.*

328. L'article 71 porte : « La femme ne pourra renoncer, directement au profit de son mari, aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes. » Ces dispositions concernent les personnes qui ont le droit ou le devoir de prendre des inscriptions au nom de la femme. L'article 71 est donc applicable dans tous les cas où l'hypothèque de la femme est inscrite, peu importe par qui l'inscription a été requise. Cela est d'évidence. L'inscription conserve l'hypothèque de la femme, en ce sens qu'elle lui assure les droits attachés à l'hypothèque, c'est-à-dire les droits de préférence et de suite. Peut-elle renoncer à

ces droits au profit de son mari? La loi répond qu'elle ne le peut pas directement; elle le peut donc indirectement. On pourrait objecter que c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas, en argumentant de son silence; mauvaise argumentation qui risque d'attribuer au législateur une intention qu'il n'a pas eue. Nous répondons que, dans l'espèce, les auteurs de la loi ont fait connaître leur intention; ce qui décide la question. La commission spéciale explique d'abord pourquoi la loi défend à la femme de renoncer directement, en faveur du mari, au bénéfice de son inscription. « Le législateur, dit-elle, aurait peu fait en décrétant les dispositions projetées (l'hypothèque légale), s'il était permis à la femme de renoncer directement aux inscriptions destinées à garantir ses droits. De pareilles renonciations s'obtiennent trop facilement entre époux, et il est indispensable de prémunir la femme contre les écarts d'une condescendance aveugle. » M. Lelièvre ajoute dans son rapport : « L'hypothèque serait illusoire si le mari, qui exerce une autorité imposante sur sa femme, pouvait espérer d'obtenir l'abdication d'un droit toujours onéreux pour lui. » De ce que la femme ne peut pas renoncer au profit du mari, il ne faut pas induire qu'il lui est aussi défendu de renoncer au profit d'un tiers. « La commission spéciale, dit le rapport, a pensé qu'il ne fallait pas interdire à la femme la faculté de s'obliger conjointement avec son mari ou d'intervenir dans les obligations de ce dernier pour *renoncer à ses hypothèques*, ni celle d'aliéner ses propres, parce que souvent ce sont là des actes que commande l'intérêt bien entendu de la famille. L'honneur du mari, son avenir et celui des enfants peuvent dépendre d'un sacrifice fait à propos par la femme(1). »

La commission reconnaît donc que la femme peut *renoncer à l'inscription* prise en son nom dans les conventions qui interviennent entre le mari et des tiers; à s'en tenir au texte du rapport, la femme pourrait même renoncer à son *hypothèque*. Nous faisons nos réserves contre cette expression, qui n'est point celle de la loi, et qui, à notre avis,

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 25). Lelièvre, Rapport, p. 157.

fait dire à la loi plus que ce qu'elle dit; plus loin nous verrons qu'il y a une différence considérable entre la renonciation à l'hypothèque et la renonciation à l'inscription hypothécaire. Pour le moment, nous expliquons ce que la femme peut faire d'après le texte de la loi. Il résulte de l'explication donnée par la commission spéciale que la femme peut renoncer à l'inscription de son hypothèque au profit des tiers qui traitent avec le mari, ce qui se fait indirectement au profit du mari lui-même. Tel serait le cas où le mari veut faire un emprunt hypothéqué sur ses biens; ces biens sont grevés d'une inscription prise au nom de la femme; le tiers refuse de prêter ses capitaux sur une garantie qui est inefficace; il demande que la femme renonce à son inscription, ce qui revient à céder au tiers le rang de priorité que son inscription lui donne. La renonciation directe se fait au profit du prêteur, mais indirectement la renonciation se fait dans l'intérêt du mari, pour lui donner le crédit dont il a besoin. Pourquoi la loi permet-elle à la femme de faire indirectement ce qu'elle lui interdit de faire directement? La commission spéciale répond que la renonciation consentie pour procurer au mari un crédit qu'il n'obtiendrait pas si la femme conservait le rang que son inscription lui assure, n'est pas faite dans l'intérêt exclusif du mari, que la prospérité de la famille y est intéressée. La renonciation se fait donc dans l'intérêt de la femme et des enfants et, en définitive, de la famille; or, l'intérêt de la famille domine tout; ce n'est pas pour l'avantage particulier de la femme que la loi lui accorde une hypothèque; en sauvegardant ses droits, elle garantit en même temps les droits des enfants. Il est donc très-naturel que la femme vienne en aide au mari en renonçant à l'inscription, comme elle vient à son aide en aliénant ses propres.

329. A quoi la femme peut-elle renoncer? L'article 71 répond : aux inscriptions prises en vertu de la loi pour la conservation de son hypothèque légale. Quel est le but et quel est l'effet de ces inscriptions? L'hypothèque légale de la femme est soumise au principe de la publicité; l'efficacité de son hypothèque dépend donc de l'inscription qui en assure les effets, c'est-à-dire la préférence à l'égard des

créanciers chirographaires, le rang à l'égard des créanciers hypothécaires inscrits après elle et le droit de suite. Renoncer à l'inscription, c'est renoncer à l'un ou à l'autre de ces effets. Il faut ajouter que cette renonciation ne peut pas se faire en termes généraux; une renonciation que la femme ferait en faveur de tout tiers serait nulle, puisque ce serait, en réalité, une renonciation en faveur du mari; ce que la loi prohibe. La loi ne dit même pas, mais sa rédaction le suppose et les travaux préparatoires le confirment, que la femme peut renoncer à son inscription au profit des tiers qui traitent avec le mari. Ces renonciations sont particulières et individuelles de leur essence. De là suit que la renonciation à l'inscription, dans le cas de l'article 71, n'est pas une mainlevée de l'inscription, mainlevée suivie de radiation, c'est une renonciation partielle qui n'a qu'un seul effet, c'est d'empêcher la femme de faire valoir son inscription au préjudice du tiers dans l'intérêt duquel elle a renoncé. L'effet de la renonciation dépend de la convention qui intervient entre le tiers et le mari et de la volonté de la femme qui y intervient pour renoncer à son inscription, dans l'intérêt de ce tiers. Il faut distinguer, pour déterminer l'effet de la renonciation, entre le cas où le mari consent une hypothèque au profit d'un tiers sur l'immeuble grevé d'inscription au profit de la femme, et le cas où le mari vend l'immeuble sur lequel la femme a pris inscription.

330. La femme renonce à son inscription au profit d'un créancier hypothécaire qui traite avec le mari postérieurement à l'inscription prise au nom de la femme. Quel est le but de cette renonciation? C'est d'empêcher que le nouveau créancier ne soit primé par la femme; donc celle-ci lui cède le rang qu'elle avait en vertu de son inscription; si un ordre s'ouvre, elle ne sera colloquée qu'après le nouveau créancier, bien que de fait elle ait été inscrite avant lui. C'est ce qu'on appelle la cession d'antériorité. Elle suppose que le nouveau créancier stipule une hypothèque: s'il n'est pas créancier hypothécaire, on ne conçoit pas que la femme lui cède son rang, car le créancier chirographaire n'a pas de rang, et la femme ne peut pas lui en donner, puisqu'il

n'y a pas de rang sans hypothèque. Or, la femme ne cède pas son hypothèque, elle ne cède que son antériorité d'inscription. Cette cession ne peut donc pas être faite en faveur d'un créancier chirographaire. La cour de Liége a appliqué ce principe dans une espèce où la renonciation était faite au profit d'un créancier hypothécaire dont l'hypothèque se trouvait frappée de nullité comme ayant été consentie sur des biens saisis; le créancier était, en réalité, chirographaire, et, par suite, la cession de rang ne pouvait avoir d'effet (1).

331. Quel est l'effet de la cession d'antériorité? L'effet résulte du but que les parties ont eu en vue; le tiers qui traite avec le mari a exigé que la femme renonçât à se prévaloir de son inscription contre lui; il doit donc être colloqué comme si l'inscription de la femme n'existait point, c'est-à-dire qu'il primera la femme. C'est ce que la cour de cassation de France a décidé. « La convention par laquelle un créancier cède son rang hypothécaire à un autre créancier hypothécaire qui lui est postérieur ne peut avoir d'autre résultat que de substituer le cessionnaire aux lieu et place qu'aurait occupés dans l'ordre la créance du cédant (2). »

Martou donne un effet plus considérable à la convention par laquelle la femme cède son rang de priorité : il la confond avec la cession de l'hypothèque séparée de la créance. Nous dirons plus loin quel effet la jurisprudence française attribue à la cession de l'hypothèque; à notre avis, l'article 71 interdit implicitement cette cession. Et quand même on l'admettrait, toujours est-il qu'il y a une différence essentielle entre la convention par laquelle la femme cède son hypothèque légale et la convention par laquelle elle renonce à son inscription. Dans ce dernier cas, la femme conserve son hypothèque, tandis que dans le premier elle la transmet au cessionnaire (3). La femme, conservant son hypothèque, conserve aussi le bénéfice de son inscription

(1) Liége, 13 août 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 178, Pont, I, p. 485, nº 458.
(2) Rejet, 25 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 12).
(3) Rejet, 30 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 1, 332).

à l'égard de tout tiers, à l'exception du créancier au profit duquel elle a renoncé à son inscription. S'il y a des créanciers inscrits avant celui-ci et après la femme, la femme les primera : rien n'est changé à leurs rangs respectifs, puisque la femme n'a pas renoncé à son inscription à leur égard. De leur côté, les créanciers inscrits antérieurement à celui à qui la femme a cédé son rang d'antériorité le primeront : rien n'est changé dans le rang des créanciers, tel que les inscriptions le déterminent, sauf que la femme ne peut opposer son inscription au créancier qui a stipulé la cession d'antériorité (1).

332. La femme peut aussi renoncer à son inscription au profit de l'acquéreur de l'immeuble qui en est grevé. Quel sera l'effet de cette renonciation? Pour le déterminer, il faut voir quel est l'objet que les parties ont eu en vue. Pourquoi le tiers acquéreur fait-il intervenir la femme dans le contrat par lequel le mari lui vend un propre ou un conquêt? C'est pour se mettre à l'abri du droit de suite, c'est-à-dire pour empêcher la femme de l'exproprier et de l'évincer. Donc le seul effet de la renonciation de la femme est qu'elle ne peut exercer son droit de suite contre cet acquéreur.

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Dans une première espèce, on prétendait que la femme qui avait renoncé à son hypothèque légale au profit d'un second acquéreur y avait renoncé implicitement au profit d'un premier acquéreur. La décision qui l'avait jugé ainsi a été cassée, la renonciation ne pouvant avoir d'effet qu'au profit de celui dans l'intérêt duquel elle est faite (2). A plus forte raison faut-il admettre ce principe quand la femme renonce simplement à son inscription au profit d'un acquéreur; elle conserve, dans ce cas, son hypothèque et son inscription, elle peut faire valoir ses droits contre tous, à l'exception de l'acquéreur qui a stipulé la renonciation de la femme; elle ne peut pas le poursuivre hypothécairement. Tel est l'unique objet et l'unique-effet de la renonciation.

(1) Martou, t. II, p. 47, n° 935.
(2) Cassation, 20 août 1816 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1002).

Dans une autre espèce, les créanciers hypothécaires du mari voulaient se prévaloir de la renonciation de la femme à son hypothèque légale. La cour d'Amiens avait admis ces prétentions; l'arrêt a été cassé pour violation de l'article 1165. Les tiers créanciers hypothécaires ne pouvaient se prévaloir d'une renonciation qui n'avait pas été faite en leur faveur, donc la femme conservait tous ses droits à leur égard; elle les primait, par conséquent, sur le prix dont l'acquéreur était encore débiteur. Sur ce point, la cour d'appel s'était trompée : la femme, disait-elle, n'ayant plus de droit de suite sur l'immeuble, ne pouvait avoir de droit de préférence sur le prix (1). C'est mal raisonner. Le droit de suite s'exerce contre le tiers détenteur, et la femme y avait renoncé; tandis que le droit de préférence s'exerce contre les créanciers hypothécaires, et la femme n'y avait pas renoncé. Dans le conflit qui s'élevait entre la femme et les créanciers inscrits, le tiers acquéreur était tout à fait désintéressé; il voulait se mettre à l'abri d'une poursuite hypothécaire, et ce but était atteint; quant à son prix, peu lui importait entre les mains de qui il devait le payer. A plus forte raison faut-il le décider ainsi dans le cas où la femme a seulement renoncé à l'inscription de son hypothèque, comme le suppose l'article 71 de notre loi hypothécaire. Cette renonciation laisse subsister l'hypothèque avec tous ses effets, sauf que la femme perd le droit de suite qui y est attaché à l'égard de l'acquéreur au profit duquel elle y a renoncé.

Dans un arrêt plus récent, la cour de cassation a formulé le principe en ce sens que la portée et l'étendue de la renonciation de la femme devaient être interprétées d'après les circonstances de la cause (2). Rien de plus juste que cette décision, que l'on a eu tort de critiquer. Toute renonciation se fonde sur l'intention de celui qui abdique un droit, et l'intention est toujours une question de fait. Il en

(1) Cassation, 14 janvier 1817 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1003). Rejet, 29 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 157). Comparez les arrêts des cours d'appel cités par Pont, t. I, p. 515, note 2.

(2) Rejet, chambre civile, 6 novembre 1855 (Dalloz, 1855, 1, 449). Pont, t. I, p. 514, n° 485.

doit être ainsi surtout de la femme qui renonce à une garantie que la loi lui donne; elle peut avoir la volonté de renoncer à son hypothèque, à son droit de suite, à son droit de préférence; cette renonciation peut être absolue ou relative au point de vue de la jurisprudence française; il faut donc nécessairement apprécier l'intention que la femme a en renonçant soit à son hypothèque, soit à son inscription. Dans cette appréciation, le juge ne perdra pas de vue que toute renonciation doit être interprétée restrictivement. Ce principe doit surtout recevoir son application quand il s'agit d'une renonciation à un droit qui est d'ordre public.

333. La femme peut-elle renoncer au bénéfice de son inscription sous tous les régimes? Il n'y a aucun doute pour ce qui concerne le régime de communauté et le régime d'exclusion de communauté. Sous ces régimes, la femme peut disposer de ses droits avec autorisation du mari, et la loi lui permet de disposer du rang que lui donne son inscription. Il n'en est pas de même sous le régime dotal. L'inaliénabilité de la dot doit avoir pour conséquence que la femme ne peut l'aliéner ni directement ni indirectement. Il suit de là qu'elle ne peut pas renoncer à l'inscription qui donne l'efficacité à son hypothèque, puisque renoncer à l'inscription, c'est compromettre la créance dotale. Sur ce point, il n'y a aucun doute. Il n'en est pas de même de la question de savoir si ce principe reçoit son application à la dot mobilière. Si l'on admet, avec la jurisprudence, que la dot mobilière est inaliénable, il faut admettre aussi que la femme ne peut renoncer à l'inscription qu'elle a prise pour la garantie de sa dot. Dans notre opinion, la dot mobilière est aliénable. On soutient néanmoins que la femme dotale ne peut jamais renoncer à son inscription. Cela serait très-vrai si, comme on l'enseigne, la renonciation à l'inscription impliquait la renonciation à l'hypothèque (1); en effet, l'hypothèque est un droit immobilier, et, sous le régime dotal, les droits immobiliers de la femme ne peuvent

(1) C'est l'opinion de Martou, t. III, p. 40, nº 931, et de Pont, t. I, p. 479, nº 451.

pas être aliénés. Mais la renonciation à l'inscription n'emporte pas abandon de l'hypothèque (n° 331) : la femme conserve son hypothèque, elle cède seulement son rang d'antériorité, ou elle abdique le droit de suite. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'inaliénabilité. La femme compromet, à la vérité, les droits pour la garantie desquels elle a pris inscription, mais la loi l'y autorise en lui permettant de renoncer à son inscription (1).

Les époux, tout en adoptant le régime de communauté, peuvent stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux. Il va sans dire que, dans ce cas, la femme ne peut renoncer à l'inscription prise pour la conservation de sa dot immobilière. Dans notre opinion, les clauses de dotalité n'empêcheraient pas la femme de renoncer à son inscription, s'il s'agissait d'apports mobiliers. La cour de cassation, conséquente à sa doctrine, a jugé que la femme ne pouvait pas subroger les créanciers de son mari à son hypothèque, alors même que le contrat de mariage ne faisait qu'emprunter au régime dotal une garantie pour la restitution de ses apports, quels qu'ils fussent (2).

334. Comment doit se faire la renonciation à l'inscription? Toute renonciation peut être expresse ou tacite; la renonciation est tacite quand la femme a posé un fait d'où l'on doit nécessairement conclure qu'elle ne veut pas se prévaloir de son hypothèque, soit à l'égard d'un créancier, soit à l'égard d'un acquéreur; les faits d'où l'on induit cette intention ne doivent laisser aucun doute sur la volonté de la femme.

Il y a renonciation tacite quand la femme concourt à l'acte par lequel le mari vend un immeuble grevé d'inscription. Pour que ce concours implique renonciation, il faut que la femme figure comme partie dans le contrat. Régulièrement ce fait ne s'explique qu'en admettant que la femme renonce à son inscription, car son concours n'est pas nécessaire pour la vente de l'immeuble qui appartient

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 954.
(2) Rejet, chambre civile, 7 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 114). Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 576, note 65.

au mari, quand même il s'agirait d'un conquêt, car le mari peut vendre les biens de la communauté sans le concours de la femme (art. 1421). La femme n'est donc intéressée à la vente que parce qu'elle a une hypothèque inscrite sur l'immeuble. En vendant avec son mari, elle doit avoir la volonté ou de renoncer à son hypothèque, ou de renoncer à son inscription ; les renonciations étant de stricte interprétation, il faut admettre que la femme renonce seulement à son inscription et qu'elle conserve son hypothèque. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux, puisque nous n'admettons pas que la femme puisse renoncer à son hypothèque légale (1).

Nous disons que régulièrement le concours de la femme à l'acte de vente implique sa renonciation tacite à l'inscription. Ce n'est pas une décision en droit, c'est une décision en fait ; elle est fondée sur l'intention de la femme. Mais la femme peut ne pas avoir l'intention de renoncer ; si cela résulte des circonstances de la cause, si l'on peut expliquer son concours d'une autre manière, sans lui supposer la volonté de renoncer, dans ce cas, il n'y aura aucune renonciation, ni à l'inscription, ni, à plus forte raison, à l'hypothèque (2).

335. Les créanciers qui stipulent une hypothèque sur un immeuble du mari, propre ou conquêt, grevé d'une inscription au profit de la femme, font également intervenir la femme dans le contrat? Dans quel but et quel sera l'effet de ce concours? Nous répondons, comme nous venons de le faire (n° 334), que régulièrement ce concours emporte une renonciation de la femme, et que cette renonciation a pour objet de garantir le créancier hypothécaire contre le danger dont le menace l'hypothèque légale. A quoi la femme renonce-t-elle? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari envers un tiers, et qui consent à hypothéquer à la sûreté de cette obligation des immeubles du mari affectés à son hypothèque légale, transporte virtuellement à ce créancier

(1) Martou, t. III, p. 42, n° 932. Pont, t. I, p. 491, n° 465. Aubry et Rau, t. III, p. 463, note 7, § 288 *bis*.

(2) Rejet, 30 juin 1856 (Dalloz, 1857, 1, 93). Comparez Rejet, 9 février 1859 (Dalloz, 1859, 1, 460).

ses droits sur lesdits immeubles et, par conséquent, son hypothèque légale (1). » Cela est trop absolu. Tout ce que l'on peut induire du concours de la femme à un acte auquel elle ne doit pas concourir, c'est qu'elle doit avoir l'intention de faire une renonciation quelconque au profit du créancier; encore faut-il y ajouter la restriction qu'il ne résulte pas des circonstances de la cause que la femme n'entend faire aucune renonciation. La portée de la renonciation est une question de fait, aussi bien que la renonciation elle-même. On ne peut pas dire *a priori* que la femme renonce à son hypothèque, ou qu'elle la cède au créancier, car cette cession ou cette renonciation absolue est inutile au créancier; tout ce qu'il est intéressé à obtenir de la femme, c'est qu'elle ne lui oppose pas son inscription. Dans le doute, c'est à cela que doit être limitée la renonciation, car les renonciations sont toujours d'interprétation étroite. Il y a une jurisprudence assez nombreuse sur ces questions (2), et les décisions paraissent parfois contradictoires; il est inutile de discuter les arrêts, puisqu'ils décident en fait et non en droit. Quand ils décident en droit et en termes absolus, il faut se garder d'y voir une autorité ou un préjugé, ce sont toujours des décisions motivées sur les faits de la cause; ce qui explique les apparentes contradictions, les circonstances variant nécessairement d'une espèce à l'autre.

336. Les tribunaux admettent facilement les renonciations de la femme, sans doute parce qu'elles favorisent le crédit du mari, peut-être aussi parce que les garanties que le code civil accorde à la femme sont excessives et compromettent l'intérêt des tiers. Mais les vices de la loi ne donnent pas au juge le droit de l'interpréter contre la femme; c'est violer la loi que de l'étendre ou de la restreindre selon que la cause paraît favorable ou non. Il a été jugé par la cour de cassation que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari, sans que le créancier stipule une hypothèque, subroge ce créancier à son hypothèque

(1) Rejet, 8 août 1854 (Dalloz, 1855, 1, 337).
(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. I, p. 490, n° 464.

légale; ce qui veut dire que la femme cède ses droits hypothécaires. La cour est revenue sur cette jurisprudence qui était évidemment erronée. Comment la femme renoncerait-elle à son hypothèque par un contrat où elle ne contracte qu'une obligation personnelle, sans qu'il soit question de ses droits hypothécaires? S'obliger personnellement n'est pas un fait d'où l'on puisse induire que la femme renonce à son hypothèque. Il est inutile d'insister, puisque tout le monde est d'accord (1).

337. Il reste une difficulté qui n'en est pas une quand on reste attaché au texte de notre loi. On demande si la renonciation à l'inscription de la femme doit être rendue publique. D'après l'article 5 de la loi belge, la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire, de même que la subrogation à un droit semblable doivent être rendues publiques par la voie de l'inscription. La question est de savoir si la renonciation à l'inscription rentre dans ce texte. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'effet de la renonciation à l'inscription, il n'y a aucun doute; cette renonciation n'emporte ni cession de l'hypothèque, ni subrogation à l'hypothèque (n° 331); donc l'article 5 n'est pas applicable. Sans doute le créancier ou le tiers acquéreur dans l'intérêt desquels la femme a renoncé à son inscription seraient intéressés à ce que la renonciation fût publique, afin que les tiers avec lesquels ils traitent en eussent connaissance; leur créance aura d'autant plus de valeur et le propriétaire vendra plus facilement l'immeuble. Mais il ne suffit pas qu'il y ait un intérêt à la publicité de la renonciation pour que celle-ci doive être rendue publique, il faut que la loi la prescrive. En cette matière, le silence de la loi est décisif. Si l'on consulte les motifs de la loi, on arrive à la même conclusion. Pourquoi la cession d'une créance hypothécaire doit-elle être rendue publique? Parce qu'elle emporte la transmission d'un droit réel immobilier que les tiers ont intérêt à connaître. Or, la simple cession de priorité n'emporte aucune aliénation, c'est un créancier

(1) Voyez les autorités dans Pont, t. I, p. 489, n° 463 et les notes, et dans Aubry et Rau, t. III, p. 464, notes 10 et 11, § 288 *bis*.

qui prend le rang de la femme; et qu'importe aux tiers par qui ils sont primés, que ce soit par le créancier ou que ce soit par la femme? Quant à l'acquéreur qui a stipulé la renonciation, le seul intérêt qu'il ait à la publicité, c'est que son crédit est augmenté quand il possède un immeuble affranchi de l'inscription. A la rigueur, il peut faire connaître à ceux avec lesquels il traite la convention par laquelle la femme a renoncé à son inscription; cela suffit pour sauvegarder tous ses intérêts. On objecte que cette interprétation de l'article 5 est judaïque. Elle le serait si l'on entendait par la renonciation à l'inscription une abdication de l'hypothèque (1). Dans notre opinion, la femme ne peut pas céder son hypothèque; nous reviendrons sur ce point. Au contraire, dans l'opinion qui assimile la renonciation à l'inscription à la cession de l'hypothèque, et qui permet à la femme de céder son hypothèque, l'article 5 est applicable, comme nous le dirons plus loin (2).

§ III. *La femme peut-elle céder son hypothèque ou y subroger ou y renoncer?*

338. La loi belge ne prévoit pas ces questions. Dans le silence de la loi, on doit appliquer les principes généraux de droit. Pour déterminer quelles sont les conventions que la femme peut faire relativement à son hypothèque légale, il faut avant tout voir quel est le caractère de cette hypothèque. Nous avons répondu ailleurs à la question. L'hypothèque des femmes mariées est de même nature que celle des mineurs et interdits; c'est une sûreté que la loi accorde aux incapables sans qu'ils aient besoin de la stipuler; le législateur la stipule pour eux à raison de leur incapacité. Or, toutes les lois qui règlent la capacité sont d'ordre public, parce que la capacité ou l'incapacité des personnes tiennent à leur état, et l'état des hommes est essentiellement d'ordre public. De là suit que les particuliers ne peuvent pas déroger aux lois qui établissent une hypothèque

(1) Martou, t. I, p. 191, nº 175
(2) Sur la législation française, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 456, et note 3, § 288.

au profit des incapables, pas plus qu'ils ne peuvent déroger aux garanties que la loi donne aux mineurs et aux femmes mariées à raison de leur incapacité. Ces dérogations sont frappées de nullité par l'article 6 du code civil. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit sur cette disposition.

Si le législateur avait appliqué le principe de l'article 6 dans toute sa rigueur, il aurait dû interdire à la femme la faculté de renoncer à l'inscription de son hypothèque. En effet, cette inscription a pour objet de conserver un droit qui est d'ordre public; elle est donc aussi d'ordre public. Ce qui le prouve, c'est que la loi ne s'en rapporte pas aux parties intéressées pour faire l'inscription de l'hypothèque de la femme; elle charge des magistrats de ce soin. Quand l'inscription est faite, la loi peut-elle permettre que la femme y renonce? Non, certes, car ce serait défaire ce que la loi a tant de peine à faire. Si néanmoins l'article 71 permet implicitement à la femme de renoncer à son hypothèque, c'est dans l'intérêt de la famille, qui est aussi le sien; mais cette faculté est très-restreinte : la loi ne permet pas de radier l'inscription, elle autorise seulement la femme à renoncer au bénéfice de son inscription au profit des tiers qui traitent avec le mari. Ainsi la disposition de l'article 71 est exceptionnelle, elle déroge à un principe fondamental de notre droit; c'est dire qu'elle est de la plus stricte interprétation. La femme ne peut faire aucune convention qui déroge à la garantie que la loi a voulu lui assurer, sauf la renonciation à l'inscription; partant, toute autre convention est interdite et frappée de nullité.

Cette interprétation rigoureuse de l'article 71 est aussi fondée en raison. La femme mariée est placée par la loi parmi les incapables; à ce titre, la loi intervient en sa faveur pour lui accorder des garanties qu'elle ne pourrait pas stipuler elle-même. Si elle est incapable de stipuler une hypothèque, à plus forte raison doit-elle être incapable de renoncer à l'hypothèque que la loi lui accorde. Il y aurait une contradiction inexplicable à multiplier les garanties en faveur de la femme et à lui permettre d'y renoncer avec la seule autorisation du mari, intéressé à ce que

ses biens grevés d'inscriptions en soient affranchis. Cette contradiction dans la loi n'est pas admissible.

339. Le principe, tel que nous le formulons, est en opposition avec la jurisprudence constante des tribunaux et avec la doctrine des auteurs. Il nous faut donc dire ce que, dans l'opinion générale, la femme peut faire, sauf à exposer nos motifs de douter. Il y a un premier point sur lequel aucun dissentiment n'est possible. Nous avons dit que les hypothèques et priviléges attachés à une créance peuvent être transmis par voie de cession ou de subrogation avec la créance dont ils forment l'accessoire; la loi le dit, et les dispositions sur la cession des créances et sur la subrogation, générales de leur nature, reçoivent leur application à la femme, comme à tout créancier. Les droits de la femme ne sont pas placés hors du commerce, sauf sous le régime dotal; or, en cédant ses droits, la femme cède nécessairement la garantie hypothécaire qui y est attachée comme accessoire. Il en est de même quand elle subroge un tiers dans ses droits; elle ne peut pas le subroger sans lui transmettre les accessoires (1). Il n'y a que le mot de *subrogation* qui prête à une équivoque. On donne le nom de *subrogation* aux conventions par lesquelles la femme cède ses droits hypothécaires, ou y renonce en faveur d'un tiers qui traite avec le mari; nous n'admettons pas ces renonciations et ces cessions (n° 338). Mais la subrogation, inventée par la pratique, n'a rien de commun que le nom avec celle de l'article 1251. Dans l'article 1251, il est question d'un *payement* fait avec subrogation; la femme qui consent à cette subrogation reçoit donc ce qui lui est dû, elle n'abdique aucun droit, elle exerce, au contraire, le droit qui lui appartient. Il en est tout autrement de ce qu'on appelle subrogation à l'hypothèque légale de la femme; en intervenant dans un contrat qu'un tiers fait avec son mari pour subroger le créancier à son hypothèque, elle cède son hypothèque, ou elle y renonce, sans toucher ce qui lui est dû; elle reste créancière, mais elle n'a plus qu'une créance chirographaire dénuée de toute

(1) Martou, t. III, p. 41, n° 932. Pont, t. I, p. 485, n° 458.

garantie. Il y a une différence radicale entre une convention par laquelle la femme réalise son droit et une convention par laquelle elle renonce aux garanties qui en assurent le payement et transforme une créance hypothécaire en créance chirographaire. La cession que la femme fait de ses droits est un acte qui reste sous l'empire du droit commun; tandis que les renonciations que la femme fait à son hypothèque légale sont dérogatoires au droit commun. Pour interdire à la femme la faculté de céder ses droits avec les garanties hypothécaires qui y sont attachées, il faudrait une disposition formelle de la loi; cette interdiction n'existe point, donc la cession est permise. Au contraire, les conventions que la pratique a inventées sous le nom de *subrogation à l'hypothèque de la femme* dépouillent la femme d'une garantie qui est d'ordre public; il faudrait une disposition formelle pour les autoriser; or, la seule disposition que la loi contienne est celle de l'article 71; donc toutes autres conventions sont interdites.

339 *bis*. La femme peut-elle céder son hypothèque séparément de la créance à laquelle elle est attachée? Dans l'opinion que nous venons d'énoncer (n° 338), la négative est certaine. L'article 71 autorise implicitement la femme à renoncer à son *inscription* au profit d'un tiers; aucune disposition de la loi ne lui permet de céder son hypothèque sans la créance; par cela même, cette cession est prohibée comme contraire à l'article 6 du code civil. Nous avons enseigné que la cession de l'hypothèque, séparée de la créance, est impossible (n°s 327 et 328). Pour l'hypothèque de la femme, il y a un motif de plus de le décider ainsi. C'est une garantie que la *loi* accorde à un incapable, une préférence fondée sur l'incapacité du créancier; c'est un vrai privilége dans le sens vulgaire du mot, donc un droit essentiellement personnel que le créancier privilégié seul peut exercer. Concevrait-on que, dans un ordre politique qui admettrait les priviléges de la noblesse, un noble transmît l'un ou l'autre de ses priviléges à un roturier? On ne conçoit pas davantage que la femme transmette une garantie que la loi ne lui accorde que parce qu'elle est une femme mariée, et incapable à ce titre. Le cessionnaire capable exer-

cera-t-il un droit qui suppose un créancier incapable? Fera-t-il valoir, pour le remboursement d'un prêt, une hypothèque que la loi attache à la dot et qui, séparée de la dot, n'a plus de raison d'être? Ici il est juridiquement impossible de séparer l'accessoire du principal, parce que l'accessoire n'est établi qu'à raison de la nature spéciale de la créance principale, pour mieux dire, à raison de la faveur particulière qui est due au créancier; et les faveurs ne se transmettent pas.

340. Notre opinion étant isolée, il faut entendre les partisans de l'opinion généralement suivie dans la pratique. « La femme, dit-on, peut, en conservant sa créance, céder son hypothèque seulement; c'est ce qui arrive lorsque l'hypothèque légale est détachée de la créance, qui, d'hypothécaire qu'elle était, peut être réduite aux simples effets d'une créance chirographaire, par cela seul que l'hypothèque légale va s'adjoindre à une autre créance, qui, par emprunt, cesse d'être chirographaire pour devenir hypothécaire (1). » Il suffit de cet exposé de la doctrine générale pour la condamner. La loi veut que la femme ait une garantie hypothécaire pour l'exercice de ses droits; elle la lui accorde sans stipulation aucune, et pour que cette garantie ne reste pas inefficace, faute de spécialisation et d'inscription, elle s'ingénie à organiser un système qui assure la conservation des droits de la femme. Puis quand elle a atteint son but et que l'hypothèque est inscrite, elle autoriserait la femme à abdiquer cette garantie conservée avec tant de peine; elle dirait à la femme : « Mon grand souci est que vous ayez une sûreté hypothécaire, parce que vous êtes incapable de veiller à vos intérêts, mais libre à vous de répudier l'hypothèque que je vous donne et de redevenir créancière chirographaire, quoique vous soyez toujours incapable ». C'est défaire d'une main ce que l'on a fait de l'autre. Il eût été plus simple de ne pas accorder d'hypothèque à la femme et de la laisser sous l'empire du droit commun.

D'après notre législation, il y a des motifs spéciaux pour

(1) Pont, t. I, p. 486, n° 459.

maintenir à la femme les garanties que la loi a voulu lui conserver. Le législateur a tenu compte de l'intérêt des tiers à tel point qu'il leur a presque sacrifié les intérêts de la femme. L'hypothèque légale doit être spéciale et publique : voilà les tiers avertis, ils ne risquent plus d'être trompés, la femme ne pourra faire valoir son hypothèque contre eux que si elle est spécialisée et inscrite. La loi va plus loin; elle permet à la femme de renoncer à son inscription pour augmenter le crédit du mari. Elle tient donc compte de tous les intérêts. Faut-il aller plus loin et autoriser la femme à abdiquer sa garantie hypothécaire? On prétend que la femme a ce droit, et on se fonde sur le vieil adage : qui peut le plus, peut le moins. La femme, dit-on, peut vendre ses biens meubles et immeubles, elle peut s'obliger solidairement avec son mari, elle peut se porter caution dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari; elle peut, par tous ces actes, se dépouiller entièrement de sa fortune, à plus forte raison doit-elle avoir le droit de disposer de son hypothèque (1). Le premier consul a fait une réponse à cette objection, au conseil d'Etat, lors de la délibération sur l'hypothèque légale de la femme. On prétendait aussi que la femme devait avoir le droit illimité de renoncer à son hypothèque pour étendre le crédit du mari, et on disait que la femme, pouvant vendre tous ses biens dans l'intérêt du mari, devait aussi avoir le droit de renoncer à son hypothèque. « Sans doute, dit Napoléon, qui peut le plus, peut le moins. Mais si la règle est incontestable, c'est seulement lorsqu'il s'agit de choses de même ordre, elle ne saurait être appliquée aux choses d'un ordre différent. Ainsi point de doute que celui à qui la loi permet de donner 100,000 francs ne puisse, à plus forte raison, en donner 50,000. Mais il est difficile de concevoir comment une femme qui manifeste l'intention de retenir la propriété de ses biens, pourrait cependant, dans un excès de confiance, se dépouiller de toute sûreté et renoncer à des hypothèques que la loi lui donne sans son fait, parce que la loi a jugé qu'elles lui sont nécessaires. »

(1) Martou, t. III, p. 38, n° 930.

A l'appui de ces paroles, nous citerons un exemple emprunté à la matière des hypothèques. Le mineur émancipé peut s'obliger pour l'administration de ses biens, et, en s'obligeant, il oblige tous ses biens meubles et immeubles, qui deviennent le gage du créancier; néanmoins la loi lui défend d'hypothéquer aucun de ses immeubles. La raison en est qu'elle ne veut pas lui faciliter les moyens de se ruiner. Il y a un motif analogue pour restreindre les droits de la femme. La loi lui permet d'aliéner ses biens avec autorisation maritale, et de fait ces aliénations se font presque toujours dans l'intérêt du mari ; mais la femme consent difficilement à vendre ses immeubles, parce qu'elle sait qu'en vendant elle se dépouille et qu'elle dépouille ses enfants; tandis qu'elle consentirait plus facilement à renoncer à son hypothèque légale, dont elle n'aperçoit pas l'importance et qui n'en a réellement qu'à la dissolution de la communauté, quand il s'agit de liquider ses droits. Il fallait donc lui défendre de renoncer directement à ses garanties hypothécaires au profit de son mari; c'est ce que fait l'article 71. La loi ne permet pas même à la femme de renoncer à son hypothèque dans l'intérêt des tiers, et ne pas le permettre, c'est le défendre, puisqu'il s'agit de conventions contraires à une loi d'ordre public. Le législateur cherche à concilier les droits de la femme avec l'intérêt du mari et de la famille. Il veut que la femme puisse venir au secours du mari pour étendre ou rétablir son crédit, mais il ne veut pas qu'elle le fasse en abdiquant ses garanties hypothécaires. En conséquence, la loi l'autorise à renoncer à ses inscriptions au profit des tiers qui traitent avec le mari. Cette renonciation suffit pour faciliter les conventions avec les tiers, soit emprunts, soit aliénations. La femme conservera son hypothèque, et elle peut espérer que la cession de son rang ne lui causera aucun préjudice, car si les affaires du mari prospèrent, son rang sera une garantie inutile; et si elles ne prospèrent pas, elle conservera au moins son droit hypothécaire. Ainsi l'esprit de la loi, comme son texte, conduit à restreindre les pouvoirs de la femme dans les limites étroites que le législateur lui-même a tracées.

341. L'interprétation que nous donnons à l'article 71 paraît contraire à l'intention du législateur, si l'on s'en tient aux termes du rapport de la commission spéciale. Nous avons cité le passage en faisant nos réserves (n° 331) : « La commission a pensé, dit le rapport, qu'il ne fallait pas interdire à la femme la faculté d'intervenir dans les obligations pour *renoncer à ses hypothèques,* ni celle d'aliéner ses propres. » La commission permet donc à la femme de renoncer à son *hypothèque,* et elle met cette renonciation sur la même ligne que l'aliénation de ses propres ; ce qui semble donner à la femme un droit absolu de disposer de son hypothèque, comme elle a un droit absolu de disposer de ses biens, avec la seule restriction qu'elle ne peut renoncer directement au profit de son mari. Nous répondons, comme nous l'avons fait bien des fois aux arguments puisés dans les travaux préparatoires : ces travaux ne sont pas la loi, et, dans l'espèce, ils se trouvent en contradiction ouverte avec la loi. Que dit la commission? Que la femme peut renoncer à ses *hypothèques.* Est-ce aussi là ce que dit la loi? Non ; l'article 71 ne dit point que la femme peut renoncer à son hypothèque, elle lui défend même de renoncer aux *inscriptions* directement au profit de son mari ; d'où l'on induit qu'elle y peut renoncer au profit des tiers. Ainsi la loi dit que la femme peut renoncer à ses *inscriptions,* la commission dit qu'elle peut renoncer à ses *hypothèques.* La commission fait donc dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Est-il nécessaire d'ajouter que la loi l'emporte sur le rapport de la commission? Le rapporteur a confondu, comme on le fait souvent dans la pratique (1), la renonciation à l'inscription avec la renonciation à l'hypothèque. Cette confusion s'explique facilement : l'inscription conserve les effets de l'hypothèque ; renoncer à l'inscription, c'est rendre l'hypothèque inefficace ; ce qui aboutit d'ordinaire au même résultat que la renonciation au droit même d'hypothèque. Toujours est-il que la différence est grande entre les deux renonciations. Il suffit

(1) Comparez Cloes, *Commentaire de la loi hypothécaire,* t. II, p. 268, n° 1354.

de rappeler ce que nous avons dit au chapitre des *Hypothèques légales:* la loi permet au conseil de famille de ne pas prendre d'inscription pour l'hypothèque légale du mineur, elle lui permet de renoncer à l'inscription qui aurait été prise, mais elle ne lui permet pas de renoncer à l'hypothèque; une renonciation pareille serait radicalement nulle. Il en est de même de l'hypothèque légale de la femme; la renonciation par l'incapable à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité ne se conçoit pas : c'est une hérésie juridique.

342. La confusion est bien plus grande encore dans le langage de la pratique française, et, comme toujours, le langage confus conduit à des idées confuses. C'est ce qui est arrivé à l'auteur d'un Répertoire destiné à constater les opinions régnantes dans la doctrine et dans la jurisprudence. En parlant de la subrogation que consent une femme mariée à son hypothèque légale, Dalloz dit : « Nous nous servons ici des mots *subrogation d'hypothèque* parce qu'ils nous paraissent l'expression propre. Cependant on trouve fréquemment dans les actes qu'une femme, en s'obligeant envers un créancier de son mari, lui *cède et transporte tous ses droits d'hypothèque,* ou qu'elle *renonce, en sa faveur, à la priorité de son hypothèque.* Ces locutions, suivant nous, doivent être considérées comme tout à fait identiques (1). » Au point de vue des praticiens qui rédigent les actes, Dalloz a raison; ils se servent indifféremment des mots *céder, transporter, subroger,* alors même qu'il s'agit d'une véritable subrogation, ou d'une vraie cession, bien que ces deux actes juridiques diffèrent essentiellement. Que sera-ce dans une matière extralégale, dans laquelle le langage et les principes sont également incertains? Ce n'est pas même assez dire : les mots dont se servent les praticiens expriment, dans leur intention, des idées qui sont en opposition complète avec le sens qu'ont les termes dans le langage du droit. Quand on parle de la *subrogation* qu'une femme consent à son hypothèque légale, on croirait qu'il est question de la *subrogation* que le code civil consacre et

(1) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Priviléges,* n° 949.

dont il détermine les effets au titre des *Obligations*. Eh bien, la pratique s'est emparée du mot *subrogation* pour lui faire dire tout le contraire de ce que le code entend par ce mot. Dans le langage et dans la théorie du code Napoléon, la *subrogation* accompagne toujours le *payement* : qui dit *subrogation*, dit *payement fait avec subrogation*. Est-ce que dans la *subrogation d'hypothèque* il est question de payement? Loin de là, la femme subroge un tiers à l'hypothèque qui garantit le payement de ses créances, sans avoir rien reçu; de sorte que cette subrogation d'un nouveau genre compromet le payement de la créance. La femme reste créancière, tandis que le subrogeant cesse d'être créancier; mais si la femme reste créancière, sa créance n'est plus garantie par l'hypothèque qui en assurait le payement : d'hypothécaire qu'elle était, elle devient chirographaire. Ce que les praticiens appellent *subrogation d'hypothèque* signifie donc tout autre chose qu'une subrogation; on dirait que les praticiens ont voulu tromper la justice en donnant à leur invention un nom légal qui couvre l'illégalité de la convention par laquelle la femme abdique sa garantie hypothécaire, qu'elle n'a pas le droit d'abdiquer.

Que sera-ce si l'on examine les diverses clauses que la pratique confond, comme signifiant une seule et même chose, alors qu'il s'agit de faits juridiques essentiellement différents? La *renonciation à la priorité de l'hypothèque* est la seule que notre loi connaisse; le terme est clair et il exprime une idée claire; la femme renonce à se prévaloir du rang que lui donne son inscription pour favoriser les conventions qu'un tiers fait avec son mari. Entend-elle *céder son hypothèque?* Non, certes; il n'est pas question d'hypothèque dans la convention que la femme consent. On dit cependant que la *cession de priorité* est identique avec la *cession et le transport de tous les droits d'hypothèque de la femme*. Que les praticiens l'entendent ainsi, nous voulons bien le croire; mais autre est la question de savoir si ce qu'ils disent est en harmonie avec les principes; or, il est certain qu'il y a une différence radicale entre le fait de renoncer à l'*inscription*, ou au rang qu'elle donne,

et le fait de renoncer à l'*hypothèque*. Nous l'avons dit en citant, à l'appui de notre avis, un arrêt de la cour de cassation : la femme qui renonce à son rang de priorité conserve son hypothèque, elle reste créancière hypothécaire; tandis que la femme qui renonce à son hypothèque, qui la cède et la transporte à un tiers, détache l'hypothèque de son droit et devient simple créancier chirographaire. Voilà des faits juridiques que les praticiens confondent; la confusion ne saurait aller plus loin : le mot *subrogation*, dans la convention de *subrogation d'hypothèque*, et le mot *cession*, dans la convention de *cession d'antériorité* ou de *rang*, expriment des idées différentes, et les conventions, si l'on s'en tient aux principes, produisent des effets différents.

On identifie encore les expressions et, partant, les conventions de *cession d'hypothèque* et celles de *subrogation*, de *renonciation* soit à l'*hypothèque*, soit au *rang de priorité*. En droit, cependant, ces expressions et ces conventions ont une signification tout à fait différente. *Céder* veut dire *aliéner, vendre*; donc quand la femme *cède* son *hypothèque* à un créancier du mari, on pourrait croire que la femme fait un transport de propriété. Il n'en est rien, car la femme qui cède ne vend pas; il n'y a pas de vente sans prix, et la femme ne reçoit pas de prix. Elle n'entend pas non plus céder à titre gratuit en faisant une libéralité. Ainsi la femme vend sans vendre; elle fait un transport en paroles, et, en réalité, elle n'en fait point. Que fait-elle donc? Le mot *cession* dont elle se sert marque un fait légal, la vente; la femme, pour mieux dire, les praticiens s'en servent pour donner une couleur légale à une convention illégale, car elle a pour objet et pour résultat de dépouiller la femme d'une garantie que la loi lui a donnée à raison de son incapacité.

Même équivoque ou confusion quand les parties se servent du mot *renonciation*. Qu'est-ce que ce mot signifie et que lui fait-on dire? Le but que les parties ont en vue n'est guère douteux; le tiers qui traite avec le mari veut se mettre à l'abri du danger dont le menace l'hypothèque légale de la femme. Sous l'empire du code civil, ce danger

était grand à raison de la généralité et de la clandestinité de l'hypothèque légale. D'après notre loi hypothécaire, les tiers savent tout ce qu'ils sont intéressés à savoir; ils connaissent l'étendue de la créance et l'immeuble qui est affecté à sa garantie; si l'inscription de la femme absorbe la valeur de l'immeuble qui doit servir de garantie aux tiers, ils ne peuvent pas traiter avec le mari, puisque leur sûreté serait illusoire; pour qu'ils puissent traiter, il faut que la femme renonce à se prévaloir de son inscription contre eux. Voilà le but essentiel de la renonciation que la femme consent en intervenant dans les conventions que son mari fait avec des tiers. Ces renonciations contiennent-elles un transport, une aliénation? En droit, non; en fait, oui, si on les assimile à une cession. Le langage est encore une fois fait pour tromper; le terme est légal et la convention qu'il exprime est illégale, car elle aboutit à dépouiller la femme d'une garantie qu'elle ne peut pas abdiquer.

343. La même confusion règne dans la doctrine. Qu'est-ce que la *subrogation d'hypothèque?* On ne le sait; ce qui est très-naturel, puisque le code civil ignore le mot et la chose. Notre loi hypothécaire ne connaît que la renonciation à l'inscription, c'est-à-dire la cession de la priorité, ou du rang que l'inscription donne à la femme. Si l'on veut donner le nom de *subrogation* à cette convention, il est très-facile de la définir : la femme renonce à se prévaloir de son inscription contre le tiers qui traite avec son mari comme prêteur ou comme acquéreur; du reste, elle n'aliène et n'abdique pas sa garantie hypothécaire, elle met seulement le tiers dans son rang. En ce sens, on peut dire, en se servant du langage de la pratique, qu'elle le subroge à son droit de priorité. Mais la pratique ne s'est pas contentée de cette subrogation partielle, elle a voulu transporter au subrogé tous les droits hypothécaires de la femme. Comment atteindre ce but sans qu'il y ait une subrogation proprement dite? A notre avis, la chose est impossible, et la question est contradictoire dans les termes; en effet, c'est demander si un tiers peut être subrogé aux droits du créancier sans qu'il y ait subrogation. La pratique l'a fait en

donnant le nom de *subrogation* à des conventions qui n'ont rien de commun avec la subrogation du code civil. Grand a été l'embarras de la doctrine quand elle a essayé de donner une couleur légale et une justification juridique aux inventions de la pratique.

Quelle est la nature de la *subrogation d'hypothèque,* c'est-à-dire son caractère juridique? Il y a, sur ce point, à peu près autant d'avis que d'auteurs. Gautier a écrit un traité des subrogations où il examine aussi la subrogation consentie par la femme à son hypothèque légale; d'après lui, la subrogation est la renonciation de la femme à son droit d'hypothèque en faveur du subrogé; ce qui implique que le subrogé est lui-même créancier hypothécaire et que le seul but de la convention est de lui donner le rang de l'hypothèque légale de la femme; pour cela, il suffit d'une cession de priorité (1). Ainsi entendue, l'interprétation de Gautier s'identifie avec la disposition de notre loi hypothécaire, qui permet à la femme de renoncer à son rang au profit d'un tiers créancier du mari. Mais cette première définition est loin de satisfaire aux exigences de la pratique.

Bertauld a examiné les difficultés de cette matière dans une monographie sur *la subrogation à l'hypothèque des femmes mariées*. Il donne pleine satisfaction à la pratique; pour transporter au subrogé tous les droits de la femme, il suppose que la subrogation implique virtuellement la cession éventuelle de la créance de la femme (2). Ainsi considérée, la subrogation d'hypothèque serait une convention légitime, puisqu'elle ne ferait qu'appliquer le droit commun, et elle donnerait en même temps au subrogé toutes les garanties qu'il peut désirer, puisqu'il prendrait en tout la place de la femme. Mais il est facile de se convaincre que cette prétendue cession de créance n'est qu'une fiction. D'abord la femme ne dit pas qu'elle vend sa créance, elle subroge seulement à son hypothèque : et peut-il y avoir vente sans volonté de vendre? Puis la cession de la créance

(1) Gautier, *Traité des subrogations,* n° 577, et Dissertation, dans Sirey, 1855, 1, 193.

(2) Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque des femmes mariées,* n°s 11 et 51.

étant une vente, exige un prix; ce prix doit être certain et déterminé et consister en argent. Or, dans la subrogation d'hypothèque, il n'y a point de prix : le seul avantage indirect que la femme en retire, c'est que le crédit du mari est fortifié et étendu; ce n'est certes pas là un prix. Voici donc à quoi aboutit la doctrine de Berthauld : elle prête la main à la pratique pour dépouiller la femme non-seulement de son hypothèque, mais encore de sa créance; celle-ci aliène ses droits sans en retirer un prix. C'est une nouvelle fiction et une violation de la loi, puisqu'on permet à la femme, sous le nom légal de *cession*, un acte qui n'est pas une cession, et qui dépouille la femme de ses droits sous le prétexte de cession, sans lui donner le prix de ce qu'elle aliène.

Il y a une autre monographie sur notre matière, celle de Benech, intitulée : *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*. Le titre seul indique que l'auteur ne voit qu'un nantissement dans la subrogation d'hypothèque. On a répondu, et la réponse nous paraît péremptoire, que le nantissement suppose la tradition, ou la remise au créancier des objets mobiliers ou des titres de créance que le débiteur donne en gage. C'est une condition essentielle sans laquelle il n'y a pas de nantissement, et cette condition fait défaut dans le prétendu nantissement que la femme consent en subrogeant un tiers dans son hypothèque (1).

Pont, qui critique avec raison les systèmes que nous venons de résumer, avoue que la nature de la subrogation est peu définie; comme il faut cependant définir la convention pour en déterminer la nature et les effets, il estime qu'il faut y voir une *délégation* faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle *s'oblige conditionnellement*, en ce sens qu'elle s'engage à payer, ou au moins à abandonner à titre de payement les droits qu'elle peut avoir contre son mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon exerce ces droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne paye pas lui-même la dette qu'il a

(1) Benech, *Du nantissement*, p. 13. Comparez Pont, t. I, p. 501, n° 471.

souscrite (1). Cette explication repose également sur une fiction; seulement au lieu d'un transport fictif, il y a une délégation fictive. D'abord on feint que la femme prend sur elle l'obligation de son mari; or, la convention, en ce qui concerne la femme, a pour objet unique l'hypothèque légale, à laquelle elle renonce d'une manière ou de l'autre, en faveur d'un tiers qui traite avec son mari, afin de favoriser ces transactions. De quel droit fait-on dire à la femme ce qu'elle ne dit pas? Elle abandonne une garantie, et on lui fait dire qu'elle abandonne sa créance; car la délégation aboutit à la même conséquence que le transport. On suppose ensuite que la femme est débitrice; elle peut s'obliger, il est vrai, envers le tiers créancier, par le même contrat dans lequel elle fait l'abandon plus ou moins complet de ses garanties hypothécaires; mais cela n'est qu'accidentel, et ce n'est pas un fait accidentel qui peut caractériser une convention par laquelle la femme n'entend pas s'obliger. Qu'est-ce qui empêche la femme de renoncer à son inscription et, dans l'opinion générale, à son hypothèque, ou d'y subroger le créancier du mari, sans s'obliger envers lui? La femme n'est pas débitrice dans ce cas, donc il ne peut pas être question d'une *délégation*. Et alors même que la femme s'oblige, c'est uniquement pour venir en aide au mari; la loi le lui permet, mais elle ne lui permet pas de renoncer de plus à toutes ses garanties. Ainsi la *délégation* de même que les autres explications inventées pour justifier une pratique extralégale aboutissent à dépouiller entièrement la femme de ses sûretés hypothécaires. C'est là dépasser non-seulement le code civil qui est muet, c'est aussi dépasser notre loi hypothécaire qui n'autorise que la renonciation à l'inscription.

Il y a encore le système de MM. Aubry et Rau. Ils rejettent toutes les explications que nous venons de mentionner, en se rapprochant toutefois de la théorie du nantissement de Benech, qui est aussi celle de Mourlon (2). La subrogation d'hypothèque, disent les savants interprètes

(1) Pont, t. I, p. 501 et suiv., nº 472. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 459, note 11, § 288.
(2) Mourlon *Des subrogations*, p. 593 et suiv.

de Zachariæ, constitue une *sorte de cautionnement réel* ou de *nantissement sui generis* qui n'investit le subrogé ni de la créance du subrogeant, ni de l'hypothèque qui la garantit; le subrogé est seulement autorisé à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que le subrogeant pourrait lui-même faire valoir. La pratique est extralégale, et la justification que l'on en donne est également en dehors de la loi. Les termes mêmes que les auteurs emploient pour exprimer leur pensée marquent que la subrogation, telle qu'ils l'expliquent, n'est pas consacrée par le code. C'est une *sorte de cautionnement réel,* disent-ils; il est difficile d'être plus vague. La femme intervient en faveur de son mari, mais toute intervention n'est pas une cautionnement; le mot *réel* prouve, au contraire, que la femme n'est pas caution, que ses biens seuls répondent. En réalité, la femme n'engage pas plus ses biens que sa personne; elle cède, abandonne, en un certain sens, son hypothèque légale; donc ce qu'on appelle subrogation d'hypothèque est essentiellement une *renonciation,* ce n'est pas un *engagement.* Dire que c'est un nantissement *sui generis,* c'est avouer que c'est un *nantissement,* ou, si l'on veut, un contrat que la loi ne connaît pas. Aubry et Rau l'avouent (1). Le nantissement légal n'existe que sous les conditions et les formalités déterminées par la loi; ces conditions et ces formes ne sont pas observées, donc il n'y a pas de nantissement. Il y a une convention que les praticiens ont imaginée, non pour combler une lacune, ce que les parties contractantes peuvent toujours faire, mais en étendant une loi d'ordre public, ce qui leur est interdit.

344. En France, la législation a confirmé implicitement la doctrine admise par la jurisprudence (2), sans cependant définir ce qu'il faut entendre par subrogation d'hypothèque, de sorte que l'incertitude subsiste. En Belgique, les conventions ayant pour objet de subroger un tiers créancier à l'hypothèque de la femme sont à peu près

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 458 et suiv., et note 11, et p. 456, note 4, § 288.

(2) Décret du 28 février 1852 (art. 8 et 20) portant organisation des sociétés de crédit foncier. Loi du 23 mars 1855 sur la transcription (art. 9).

inconnues, notre loi hypothécaire ne les mentionne pas; elle se borne à permettre à la femme de renoncer, au profit d'un tiers, aux inscriptions prises dans son intérêt; ce qui implique que les cessions d'hypothèque, ou subrogations à l'hypothèque, ou renonciations à l'hypothèque sont interdites, comme contraires à une loi d'ordre public. Depuis la publication de la loi nouvelle, il n'a été rendu, à notre connaissance, qu'un seul arrêt où il soit question de renonciation et de subrogation à l'hypothèque légale. La cour de Liége suppose que ces conventions sont valables; la validité n'en ayant pas été contestée, elle n'avait pas à s'expliquer sur ce point; elle n'avait pas non plus à décider quelle est la nature de la subrogation d'hypothèque (1). La rareté de la jurisprudence prouve que la pratique française n'est pas entrée dans nos mœurs, et l'article 71 de notre loi permettrait difficilement de l'introduire. Ce qui prouve que cette pratique est incompatible avec la rigueur des principes, c'est qu'en 1841, quand, en France, les cours d'appel et les facultés de droit furent consultées sur les réformes qu'il convenait d'introduire dans le régime hypothécaire, plusieurs proposèrent d'assujettir les stipulations relatives à l'abandon de l'hypothèque légale à des conditions, dans le but de les restreindre. C'est ce qu'a fait le législateur belge. Il n'avait pas à se préoccuper des abus de la pratique, ils n'existent pas chez nous; mais ayant soumis l'hypothèque de la femme aux conditions rigoureuses de spécialité et de publicité, il devait veiller à ce que la garantie hypothécaire qu'il maintenait ne devînt pas illusoire, par les renonciations que la femme y ferait. Renonciations, cessions, subrogations sont des conventions qui tendent toutes au même but, l'abandon plus ou moins étendu des garanties hypothécaires de la femme. Le législateur belge n'a permis que la renonciation aux inscriptions; c'est interdire implicitement les conventions par lesquelles la femme se dépouillerait de son hypothèque. Nous ajouterons que la loi hypothécaire, telle que nous l'avons interprétée, en ce qui concerne l'hypothèque légale

(1) Liége, 27 décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 122).

de la femme, rendra tout à fait inutiles les subrogations si usuelles en France. L'hypothèque légale ne produit plus ses effets de plein droit, comme sous l'empire du code civil; elle doit être spécialisée, soit par contrat de mariage, soit, pendant le mariage, par le président du tribunal, et elle doit être rendue publique. Il arrivera très-rarement que la spécialisation se fasse avant le mariage, et elle ne se fera pendant le mariage, pour les droits déjà nés, que si l'état des affaires du mari rend cette garantie nécessaire. Or, si la garantie hypothécaire est devenue une nécessité, et si, par suite, inscription est prise sur les biens du mari, il ne se trouvera guère une femme disposée à y renoncer. Si, en France, ces renonciations sont si fréquentes, c'est que l'hypothèque légale grève tous les biens du mari, alors même que cette garantie n'est pas actuellement nécessaire à la femme. Mais si l'on admettait, comme on l'enseigne généralement, que la femme peut faire spécialiser et inscrire son hypothèque, avant le mariage, pour sûreté des droits qui pourront lui échoir pendant le mariage, et si cette pratique devenait usuelle, alors le crédit du mari serait régulièrement compromis par l'hypothèque légale de la femme, et, par suite, l'usage s'introduirait de faire renoncer la femme à une garantie inutile ou du moins exagérée. Dans notre interprétation, tous les intérêts sont sauvegardés. Régulièrement l'hypothèque de la femme ne sera pas spécialisée ni inscrite, partant le crédit du mari restera entier, et les tiers ne courent aucun danger. C'est seulement quand les affaires du mari se dérangent que des inscriptions seront prises par la femme ou en son nom. Dans ce cas, la femme renoncera difficilement à une garantie qui assure ses droits et ceux de ses enfants. Et si cela arrivait, la renonciation à son rang de priorité suffirait pour consolider le crédit du mari. Toute autre convention, de cession, de subrogation ou de renonciation, serait nulle, à notre avis. Toutefois il faut nous y arrêter, puisque la doctrine en admet la validité, et que la jurisprudence l'a toujours consacrée.

§ IV. *Des conditions requises pour la validité de la subrogation d'hypothèque.*

345. Quand on veut rester sur le terrain strictement légal, notre question n'a point de sens. Le code civil et la loi belge ne connaissent point la subrogation d'hypothèque; quant aux lois nouvelles portées en France, elles nous sont étrangères. Peut-il s'agir de déterminer des conditions pour la validité d'une convention que la loi ignore? Voilà une de ces impossibilités juridiques comme on en rencontre tant en cette matière. Nous devons supposer d'abord, avec l'opinion générale, que les conventions qui ont pour objet l'abdication de l'hypothèque légale sont valables. En se plaçant sur ce terrain, on peut demander quelles sont les conditions requises pour leur validité. Il ne peut s'agir que de conditions qui découlent du droit commun; car il n'appartient pas à l'interprète de créer des conditions et, partant, des nullités.

346. La subrogation d'hypothèque est-elle soumise à la condition de publicité prescrite par notre nouvelle loi hypothécaire pour les cessions de créances privilégiées ou hypothécaires? Dans notre opinion, la négative est certaine. La subrogation d'hypothèque n'est pas la cession de la créance hypothécaire; elle porte uniquement sur l'inscription et le rang qui y est attaché; la femme reste créancière; il ne s'opère donc pas de transport de sa créance. Cela est décisif. L'article 5 suppose que le créancier hypothécaire cède sa créance; et c'est pour que le cessionnaire puisse opposer cette cession aux tiers, que la loi exige qu'elle soit rendue publique. Or, la subrogation d'hypothèque n'entraîne pas la cession de la créance de la femme; dans l'opinion commune, la femme reste créancière, seulement sa créance hypothécaire devient une créance chirographaire; donc on est en dehors du texte de l'article 5. Si l'on admet l'explication que MM. Aubry et Rau donnent de la subrogation d'hypothèque, notre conclusion est encore plus évidente; il en résulte, en effet, que la femme est seulement tenue en vertu d'un cautionnement réel. Dans cette

doctrine, l'hypothèque n'est pas détachée de la créance de la femme, pour être incorporée comme accessoire à la créance du subrogé; dès lors il n'y a aucun motif pour appliquer l'article 5.

Martou enseigne le contraire. Dans son opinion, la femme détache l'hypothèque de sa créance pour la transporter sur le tiers qu'elle subroge à ses droits. Or, l'hypothèque est un droit réel immobilier, et d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi belge, toute transmission d'un droit réel immobilier doit être rendue publique, soit par la voie de la transcription, soit par la voie de l'inscription. L'article 5 est une application de ce principe : il y a une mutation d'une créance à laquelle est attaché un droit réel immobilier; dès lors cette mutation doit être rendue publique. Peu importe, dit-on, que la subrogation d'hypothèque ne soit pas une cession de la créance hypothécaire; car si la loi veut que cette cession soit inscrite, ce n'est pas parce qu'il y a cession de créance, c'est parce qu'il y a cession de l'hypothèque qui garantit la créance; donc dès qu'il y a cession d'hypothèque, même séparée de la créance, la cession doit être rendue publique (1). Que tel soit l'esprit de la loi belge, cela est incontestable; mais cela suffit-il pour que l'interprète puisse exiger la publicité d'une convention que la loi ignore, dont la nature est incertaine, et qui ne rentre pas dans le texte de l'article 5? Nous ne croyons pas que l'interprète puisse aller jusque-là.

347. A l'occasion de la cession ou subrogation d'hypothèque, nous devons dire un mot d'un mode de transmission du droit hypothécaire qui est usité en France, et qu'en Belgique on ignore. Une hypothèque est consentie par acte notarié pour sûreté d'un prêt. L'acte énonce que la créance principale est constatée par des lettres de change ou des billets à ordre, souscrits par l'emprunteur au profit du prêteur. On admet que, dans ce cas, la garantie hypothécaire se transmet, par le seul effet de l'endossement, aux porteurs de ces billets ou lettres de change. Il en est

(1) Martou, t. I, p. 192, n° 175, et t. III, p. 43, n° 933. Comparez Cloes, t. I, p. 107, n° 204. Sur la législation française, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 460, et note 14, et p. 466, et notes 17 et 18, § 288 *bis*.

de même du privilége du vendeur, quand l'acte de vente constate que des effets à ordre ont été créés en payement du prix; le privilége se transmet également par voie d'endossement de ces effets. La légalité de ce mode de transmission a été consacrée par la cour de cassation, et la doctrine l'admet. Aux objections qui ont été faites contre cette pratique, la jurisprudence répond que la loi l'autorise par cela seul qu'elle ne la défend point (1).

A notre avis, cette pratique est incompatible avec l'article 5 de la loi belge. Aux termes de cette disposition, la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers que sous les conditions que la loi détermine. Il faut d'abord que la cession résulte d'actes authentiques, ce qui exclut la transmission par voie d'endossement; il faut ensuite qu'il soit fait mention du transport sur les registres du conservateur dans les formes prescrites par l'article 5; ce qui exclut également la forme commerciale de l'endos. On pourrait dire que la forme civile n'implique pas l'interdiction de la forme commerciale. La réponse à l'objection se trouve d'abord dans les termes restrictifs de l'article 5, et ensuite dans l'esprit de la loi. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit sur les dispositions préliminaires de la loi belge : l'authenticité des actes soumis à la publicité est un principe général de notre loi et une des bases de notre régime hypothécaire. La transmission des hypothèques par voie d'endossement serait une exception à cette règle : pour l'admettre, il faudrait un texte formel. Cela est décisif.

348. Faut-il, pour la validité de la cession ou subrogation d'hypothèque, que les cessionnaires ou les subrogés soient créanciers hypothécaires ? Si l'on s'en tient au texte de notre loi, c'est-à-dire si l'on admet que la seule renonciation que la femme puisse faire est celle qui est autorisée par l'article 71, il est certain que le tiers créancier au profit duquel la femme renonce à son rang d'inscription, doit lui-même être inscrit, donc créancier hypothécaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 333).

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 460, notes 15 et 16, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1267.

La jurisprudence française va plus loin, et elle est admise dans ses éléments essentiels par les interprètes de la loi belge. On distingue entre la cession de l'hypothèque et la renonciation de la femme à ses garanties hypothécaires. La femme peut, en conservant sa créance, céder son hypothèque seulement, ou y subroger un créancier du mari. Ce créancier peut-il être chirographaire? On admet généralement l'affirmative; toutefois il y a des dissidences, car tout, en cette matière, est controverse. Si l'on admet que la femme peut transférer son hypothèque, séparément de sa créance, on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas le droit de l'attacher à une créance chirographaire; le cessionnaire sera colloqué pour sa créance au rang que l'inscription de l'hypothèque légale donne à la créance de la femme (1). Nous rejetons la conséquence, parce que nous n'admettons pas le principe d'où elle découle, et nous ne l'admettons pas, parce qu'il est en opposition avec le texte de l'article 71 et avec l'esprit de la loi, comme nous l'avons dit (n° 339).

La femme peut-elle renoncer à son hypothèque en faveur d'un créancier hypothécaire? Cela aussi est controversé. La renonciation au rang que donne l'inscription à la créance de la femme implique que le créancier cessionnaire du droit de priorité a lui-même une hypothèque; mais s'il est permis à la femme de transporter sa garantie hypothécaire à un tiers créancier, il faut accepter toutes les conséquences du principe; le tiers créancier acquiert le droit d'hypothèque par l'effet du transport que la femme lui en fait; qu'importe la voie par laquelle ce transport s'opère? que ce soit par voie de renonciation, ou de cession, ou de subrogation (2)? Si nous n'admettons pas la conséquence, c'est parce que nous rejetons le principe.

§ V. *Effet de la subrogation d'hypothèque.*

349. Il est aussi difficile de déterminer les effets de la subrogation d'hypothèque que de préciser la nature de la

(1) Pont, t. I, p. 486, n° 459. Martou, t. III, p. 41 et suiv., n° 932.
(2) Pont, t. I, p. 487, n° 461.

convention et les conditions auxquelles elle est soumise. Nous avons dit qu'il n'y a pas deux auteurs qui s'accordent sur le point essentiel : qu'est-ce que la subrogation d'hypothèque? On ne le sait (n°s 342 et 343). Le dissentiment est capital, et tant que l'on ne s'entend pas sur la nature de la convention, il est impossible d'en déterminer les effets. Dans notre opinion, la convention même est extralégale; c'est une invention des praticiens que notre législation ignore. La loi belge ne reconnaît que la renonciation à l'inscription; les effets de cette renonciation sont très-simples, nous les avons expliqués (n°s 328-334). Quant aux effets de ce que la pratique appelle *subrogation d'hypothèque,* ils doivent différer d'après les diverses conventions que l'on comprend sous cette expression générale; il est vrai que la pratique les confond, mais la doctrine ne peut accepter cette confusion comme un principe; il faut nécessairement distinguer; et même en distinguant, on n'arrive à aucun résultat certain, ce qui est inévitable, le point de départ étant extralégal.

350. La femme peut céder sa créance, elle peut y subroger un tiers qui la paye. C'est la cession ou la subrogation que le code civil définit. La cession est une vente qui comprend les accessoires de la créance : la subrogation accompagne le payement. Ces conventions sont régies par le droit commun. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une femme est colloquée dans une instance d'ordre ; elle reçoit son payement d'un autre créancier qu'elle subroge à ses droits. Quel sera l'effet de cette subrogation? Le subrogé prend la place du subrogeant, c'est-à-dire qu'il exerce tous les droits qui lui appartiennent. Il a été décidé, en conséquence, que le créancier subrogé à la femme pouvait exercer ses droits non-seulement sur le prix en distribution, mais aussi les droits de la femme sur les autres biens du mari, même ceux qu'il aurait vendus avant la poursuite hypothécaire (1). Cela n'est pas douteux; seulement, d'après notre loi, il faut ajouter une restriction, c'est que la femme doit prendre inscription; elle n'a donc

(1) Rejet, 13 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 34).

de droits hypothécaires utiles auxquels elle puisse subroger que si ces droits ont été conservés conformément à la loi.

Peut-on appliquer cette décision à ce que les praticiens appellent *subrogation d'hypothèque?* On l'enseigne ainsi (1). C'est, nous semble-t-il, tomber dans la confusion de la pratique. Il n'y a rien de commun entre la subrogation du code civil et la subrogation d'hypothèque que le mot *subrogation,* que les praticiens ont emprunté à la loi pour donner une couleur légale à leur invention, et en dénaturant complétement le sens que cette expression a dans le langage juridique. La subrogation suppose un payement, et c'est pour favoriser le payement que la loi a consacré la fiction de subrogation. C'est une véritable fiction, comme nous l'avons dit au titre des *Obligations.* Peut-on étendre les effets d'une fiction à une convention toute différente? La subrogation d'hypothèque, loin d'accompagner le payement des créances hypothécaires de la femme, la dépouille de la garantie qui devait assurer son payement. Il ne peut donc pas s'agir de donner au subrogé tous les droits de la femme. Cette prétendue subrogation n'est rien qu'une renonciation de la femme au profit d'un créancier, dans le but de le garantir contre les effets de l'hypothèque légale; il faut donc appliquer le principe qui régit la renonciation, et dire que la renonciation est de l'interprétation la plus stricte. L'arrêt de la cour de cassation que l'on invoque ne dit pas ce qu'on lui fait dire : il concerne uniquement la subrogation du code civil; pas un mot n'indique que la cour ait entendu statuer sur la subrogation d'hypothèque imaginée par les praticiens.

351. La renonciation de la femme à ses garanties hypothécaires comprend des conventions diverses et d'une nature très-différente. Il y a d'abord la renonciation à l'inscription, admise par l'article 71 de notre loi : c'est, en d'autres termes, la cession du droit de priorité. Cette renonciation n'a pas pour effet de transmettre l'hypothèque de la femme au créancier dans l'intérêt duquel elle renonce

(1) Pont, t. I, p. 502, n° 474.

au rang que lui donne son inscription. La femme conserve son hypothèque avec tous les droits qui y sont attachés; seulement si un ordre s'ouvre sur l'immeuble grevé de son inscription et de l'inscription du tiers créancier, celui-ci primera la femme. Cela suppose que la femme a encore un rang, c'est-à-dire qu'elle a pris inscription et qu'elle l'a renouvelée, s'il y a lieu. Le renouvellement pourrait se faire par le cessionnaire du droit de priorité. Le cessionnaire y a évidemment intérêt, puisque la cession qui lui a été faite devient inefficace si l'inscription de la femme est périmée; il est vrai qu'il n'est pas cessionnaire de l'hypothèque, mais il est l'ayant cause de la femme, et, à ce titre, il a qualité pour conserver les droits de la femme qui lui ont été cédés. De son côté, le tiers créancier à qui la femme a cédé son rang de priorité ne peut user de ce droit qu'à la condition de conserver son hypothèque; en effet, la cession d'antériorité implique que le cessionnaire est créancier hypothécaire (n° 330); donc, dès qu'il cesse de l'être, il ne peut plus profiter de la renonciation de la femme. On, admet cependant qu'il n'est pas obligé de renouveler son inscription, parce que la péremption de l'inscription n'éteint pas son hypothèque; et tant qu'il est créancier hypothécaire, il peut profiter du rang que la femme lui a cédé (1). La chose est douteuse.

352. La pratique et la doctrine même confondent la renonciation à l'inscription avec la renonciation à l'hypothèque (n° 342). Nous avons, à plusieurs reprises, signalé cette confusion; pour le moment, il s'agit de préciser l'effet de la renonciation à l'hypothèque. La loi place la renonciation du créancier parmi les modes d'extinction de l'hypothèque (art. 108; code civil, art. 2180). Est-ce que la renonciation que la pratique comprend sous le nom général de *subrogation d'hypothèque* est la renonciation extinctive du code civil et de la loi hypothécaire? Il est impossible de répondre à la question en termes généraux, puisque tout dépend de l'intention de la femme. Nous supposons que la femme a le droit de renoncer à son hypothèque lé-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 457 et suiv., et notes 6-8, § 288.

gale; ce n'est pas notre avis (n° 344); nous ne concevons pas qu'un incapable renonce à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité; une pareille convention serait contraire à l'ordre public, et, à ce titre, frappée de nullité radicale. Dans l'opinion générale, on admet la validité de la renonciation; reste à savoir si elle est extinctive du droit d'hypothèque ou si elle est translative de ce droit.

Même ainsi limitée, la question ne peut être décidée en termes absolus. La subrogation d'hypothèque, sous quelque forme que la femme la fasse, est une convention qui intervient entre elle et un tiers créancier ou un tiers acquéreur; or, l'effet des conventions dépend essentiellement de la volonté des parties contractantes. On ne peut pas décider *a priori* ce que les parties veulent; c'est là un point de fait et non un point de droit. Dans l'opinion générale, on distingue. Quand la femme renonce à son hypothèque légale en faveur de l'un de ses créanciers, ou, ce qui est le cas ordinaire, en faveur d'un créancier du mari, cette renonciation est assimilée à une subrogation ou à une cession de l'hypothèque; elle est donc, non extinctive des droits de la femme, mais translative. Le créancier au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque a le droit d'exercer, en son propre nom, comme ferait un cessionnaire, les droits hypothécaires de la femme. Toutefois les auteurs les plus exacts ajoutent une restriction à cette interprétation de la renonciation consentie par la femme; ils disent qu'on doit l'entendre ainsi, d'après l'intention probable des parties (1). Ce n'est donc pas une décision en droit, c'est une de ces présomptions de fait que les auteurs imaginent pour décider quelle a été l'intention des parties contractantes. Mieux vaudrait, à notre avis, laisser là ces présomptions arbitraires et, en tout cas, inutiles, puisque le juge doit toujours décider d'après les circonstances de la cause. D'excellents esprits s'y sont trompés. Proudhon et Mourlon enseignent que la renonciation de la femme est essentiellement extinctive (2). Ne se sont-ils pas laissé égarer

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 470 et suiv., § 288 *bis*.
(2) Proudhon, *De l'usufruit* t. V, p. 141, n° 2339. Mourlon, *Des subrogations*, n°s 598 et suiv.

par le mot de *renonciation*, comme d'autres ont pris à la lettre le mot de *subrogation*, sans songer que nous sommes ici, non sur le terrain du droit, mais sur le terrain d'une pratique imaginée pour éluder la rigueur de la loi? Toujours est-il que l'on a tort de décider en droit, et d'une manière absolue, des questions qui sont essentiellement de fait. Nous mentionnons pour mémoire, et pour montrer à quelles incertitudes, pour mieux dire, à quelles erreurs on aboutit quand on prétend déterminer l'intention des parties contractantes *a priori*, une distinction proposée par un auteur, entre la renonciation expresse et la renonciation tacite. Distinction fausse, car le fait juridique est le même; il ne peut donc pas avoir des effets différents, selon que l'intention de la femme est exprimée par des paroles ou par des faits (1).

353. En est-il de même de la renonciation que la femme consent en faveur d'un tiers acquéreur auquel le mari vend l'immeuble sur lequel la femme a pris inscription? Il y a de nouvelles controverses sur ce point. La difficulté est celle-ci : la femme qui renonce à l'hypothèque en faveur du tiers acquéreur y renonce-t-elle d'une manière absolue, de sorte que son hypothèque serait éteinte, comme elle l'est dans le cas prévu par l'article 108 (code civil, article 2180)? ou conserve-t-elle son hypothèque, sauf à ne pas user de son droit de suite contre le tiers acquéreur? Nous avons décidé la question en ce dernier sens; au fond, tout le monde est d'accord; les renonciations étant de stricte interprétation, il faut les interpréter restrictivement; et certes la femme qui intervient dans un acte de vente fait par son mari, pour renoncer à son hypothèque, n'a ni intérêt ni intention d'éteindre sa garantie hypothécaire, et il en est de même du tiers acquéreur (2). Mais cela ne résout pas encore les difficultés qui se présentent dans l'application. Il n'y en a aucune quand il n'a pas été pris sur l'immeuble vendu des inscriptions postérieures à celles de la femme; le conflit, dans ce cas, n'existe qu'entre la femme

(1) Voyez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. III p. 470, note 28, § 288 *bis*, et par Pont, t. I, p. 503, nos 476 et 477.
(2) Paris, 10 février 1873 (Dalloz, 1874, 2, 133).

créancière hypothécaire et le tiers acquéreur ; le seul but des parties est de mettre l'acquéreur à l'abri du droit de suite; la femme conserve donc son hypothèque. S'il y a d'autres créanciers inscrits, le tiers acquéreur peut être poursuivi par ceux-ci; s'il est évincé, et qu'un ordre s'ouvre sur l'immeuble, pourra-t-il se prévaloir des droits hypothécaires de la femme contre les créanciers qui le priment par la date de leur inscription ? La femme prime ces créanciers, puisqu'elle est inscrite avant eux : le tiers acquéreur peut-il, comme créancier de la femme, exercer ses droits? Oui, dit-on, car la renonciation de la femme est une convention qui n'a d'effet qu'entre la femme et le tiers acquéreur ; les autres créanciers y sont étrangers, partant la renonciation ne peut leur profiter; la femme, à leur égard, reste créancière hypothécaire, et elle les prime. Donc le tiers acquéreur en faveur duquel elle a renoncé à son inscription peut exercer ses droits dans l'ordre (1).

354. D'ordinaire la femme cède son hypothèque ou elle y subroge. Y a-t-il une différence entre la cession et la subrogation d'hypothèque? Ici encore il ne faut pas se laisser induire en erreur par la trompeuse terminologie que la pratique a empruntée au code civil. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, qu'il y a des différences considérables entre la cession et la subrogation : l'une est une vente de la créance, l'autre est un payement. Mais ce que les praticiens appellent *cession* ou *subrogation d'hypothèque* n'est ni une vente, ni un payement; il faut donc laisser de côté les principes qui régissent la cession-vente et le payement avec subrogation, pour s'en tenir à la convention toute différente que la pratique a imaginée pour neutraliser les effets désastreux de l'hypothèque générale et occulte de la femme; elle a si bien neutralisé l'hypothèque légale, qu'elle l'a anéantie. Ainsi considérées, la cession et la subrogation d'hypothèque ont le même but, et elles doivent avoir le même effet. Toutefois les auteurs ne s'accordent pas sur la nature de ces conventions ; les uns disent qu'elles ont

(1) Martou, t. III, p. 47, n° 935. Aubry et Rau, t. III, p. 471 et suiv., et notes 29 et 30, § 288 *bis*.

pour effet de détacher l'hypothèque de la créance de la femme; c'est là le sens littéral du mot *céder,* qui veut dire aliéner, et celui qui aliène transporte à un autre le droit qu'il a; il est contradictoire de conserver un droit dont on se dépouille (1). Mais, dans notre matière, il ne faut pas s'attacher au sens ordinaire et juridique des mots; ils ont été empruntés à la loi pour l'éluder. On parle de cession et de subrogation, et il est certain que les parties n'ont l'intention ni de faire une vente ni de faire un payement avec subrogation. Il faut donc voir, non ce que les parties disent, mais ce qu'elles veulent. Or, la femme veut ce que le tiers créancier ou acquéreur exige d'elle pour se mettre à l'abri du danger dont le menace l'hypothèque légale. Pourvu que la femme ne puisse pas se prévaloir de son hypothèque contre lui, le but du tiers intéressé est atteint; que lui importe que la femme conserve son hypothèque et qu'elle la fasse valoir contre d'autres créanciers? La convention inventée par les praticiens n'implique donc pas que la femme se dépouille de son hypothèque, qu'elle la détache de sa créance pour l'attacher à la créance du cessionnaire ou du subrogé; seulement la forme de cession ou de subrogation suppose plus qu'une simple renonciation au rang : le cessionnaire ou le subrogé est mis en lieu et place du cédant ou du subrogeant, de sorte qu'il peut exercer tous ses droits. Dans cette opinion, qui est conforme à l'intention des parties contractantes, le tiers auquel la femme cède son hypothèque, ou qu'elle subroge dans son hypothèque, ne devient propriétaire ni de la créance de la femme ni de l'hypothèque légale qui en garantit le payement, il a seulement le droit d'exercer éventuellement, jusqu'à concurrence de sa créance, les droits hypothécaires de la femme. Celle-ci conserve donc son hypothèque, mais c'est le tiers cessionnaire ou subrogé qui exerce ses droits dans la mesure et sous les conditions qui sont imposées à la femme (2).

355. Il suit de là que le cessionnaire et le subrogé ne font qu'exercer les droits de la femme, comme la femme

(1) Pont, t. I, p. 486, n° 459. Comparez, plus haut, n° 340.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 458 et suiv., et note 11, § 288.

les exercerait elle-même. La créance de la femme est le plus souvent éventuelle et le montant en est indéterminé, quoique, dans notre système hypothécaire, elle doive être spécialisée pour être inscrite. Il peut donc arriver que la créance de la femme soit inférieure à celle du cessionnaire ou du subrogé; dans ce cas, la cession ou subrogation ne garantira le cessionnaire ou le subrogé que dans les limites de la créance de la femme. Cela est d'évidence quand on songe au but de la cession ou de la subrogation d'hypothèque; il ne s'agit pas d'accorder une sûreté hypothécaire au tiers cessionnaire ou subrogé, il s'agit de le garantir contre l'exercice de l'hypothèque légale de la femme, et il va de soi qu'il ne peut réclamer cette garantie que dans la limite des droits qui appartiennent à la femme.

Il peut aussi arriver que la créance hypothécaire de la femme soit plus élevée que la créance du subrogé ou du cessionnaire; celui-ci sera d'abord colloqué pour sa créance au rang qui appartient à la femme pour sa créance personnelle. Mais que deviendra le restant de la créance hypothécaire de la femme? La question est de savoir si la femme peut se faire colloquer pour l'excédant. Si l'on admet que la cession ou la subrogation emporte une aliénation des droits hypothécaires de la femme, il faut dire que la femme, n'ayant plus d'hypothèque, ne peut pas demander de collocation en vertu d'un droit qui, à son égard, n'existe plus. Mais ici l'on voit combien cette théorie est contraire à l'intention des parties contractantes. Tout ce qu'elles ont voulu, c'est d'assurer le payement du cessionnaire et du subrogé en leur permettant d'exercer les droits de la femme. S'il reste un excédant après qu'ils sont désintéressés, il ne peut appartenir aux tiers; ils sont payés, leur créance est éteinte; la femme ne leur doit aucune garantie à raison de l'excédant de sa créance; partant, elle peut exercer son droit hypothécaire jusqu'à concurrence de de cet excédant (1). Nous disons que la théorie d'une abdication de l'hypothèque est contraire à l'intention des par-

(1) Martou, t. III, p. 45 et suiv., n° 934. Pont, t. I, p. 507, n°s 479-481.

ties intéressées. En prenant à la lettre les expressions de *cession* et de *subrogation* d'hypothèque, on devrait dire que la femme aliène ses droits hypothécaires; de là suivrait que, même dans le cas où sa créance excéderait celle du cessionnaire ou subrogé, la femme serait sans droit. A qui donc profiterait cet excédant? Les tiers cessionnaires ou subrogés sont désintéressés, les autres créanciers du mari ne peuvent invoquer une convention qui leur est étrangère; et cependant si la femme ne pouvait réclamer cet excédant dans l'ordre, il profiterait aux autres créanciers. La femme se dépouillerait donc d'une partie de ses droits, sans aucun intérêt, au profit de créanciers envers lesquels elle ne s'est pas obligée! Cela n'a point de sens.

356. Ainsi les droits de la femme qui a cédé son hypothèque ou qui y a subrogé restent entiers, sauf que le tiers au profit duquel elle a consenti la cession ou la subrogation peut exercer les droits de la femme dans la mesure de ces droits. De là suit que la garantie que la cession-subrogation donne au tiers n'est qu'éventuelle; la femme ne peut lui céder que les droits qu'elle a, pour mieux dire, qu'elle aura en vertu de la liquidation qui suit la dissolution de la communauté. La femme conserve tous les droits qu'elle tient de ses conventions matrimoniales. Si elle est mariée sous le régime de la communauté, elle a la faculté d'accepter ou de renoncer. Accepte-t-elle, elle est tenue de la moitié des dettes; elle a, il est vrai, le droit d'exercer ses reprises, mais elle n'a pas, de ce chef, de privilége à l'égard des créanciers de la communauté, elle ne peut réclamer que son hypothèque légale sur les conquêts si elle a pris inscription; nous avons dit ailleurs les conditions auxquelles cette hypothèque est subordonnée (t. XXX, n°s 368-372). Il se peut donc que la garantie du tiers cessionnaire ou subrogé soit incomplète, ou même qu'elle se réduise à rien. Ce résultat est très-naturel, puisque les droits de la femme étant incertains, la garantie qui résulte de l'exercice de ces droits est également incertaine : la cession ou la subrogation ne peut jamais donner au cessionnaire ou au subrogé des droits que n'a point le cédant ou le subrogeant. Toutefois sur ce point la doctrine est di-

visée (1); la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous venons d'énoncer.

La femme commune qui ne fait pas inventaire dans les délais légaux est déchue du droit de renoncer à la communauté, et, de plus, elle est tenue des dettes envers les créanciers au delà de son émolument. Il s'ensuit qu'elle ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens personnels de son mari, au préjudice des créanciers de la communauté. Si elle a, pendant la durée de la communauté, subrogé un tiers à son hypothèque légale, cette subrogation sera sans effet à l'égard des créanciers; car la femme ne peut pas transmettre au subrogé des droits qu'elle n'a point, et ceux que le subrogé a en vertu de la subrogation, il doit les exercer comme la femme l'aurait fait (2).

Par application du même principe, il a été jugé que la femme ne peut céder au subrogé plus de droits qu'elle n'en a elle-même. Dans l'espèce, elle avait subrogé un tiers créancier à son hypothèque légale. La femme avait une indemnité à exercer contre son mari du chef d'une obligation qu'elle avait souscrite solidairement au profit de celui-ci. Elle vint à mourir; ses enfants acceptèrent purement et simplement d'abord la succession de la mère créancière de l'indemnité, puis la succession du père, débiteur de l'indemnité; leur droit se trouvait ainsi éteint par confusion; de là la conséquence que la subrogation d'hypothèque devenait inefficace, puisque l'hypothèque même était éteinte (3). Cela prouve que la cession ou la subrogation d'hypothèque n'est, pour le tiers cessionnaire ou subrogé, qu'une garantie éventuelle et incertaine, comme l'est la créance de la femme. Quand la femme n'a point de reprises à exercer, la subrogation tombe (4).

(1) Pont, t. I, p. 510, n° 483. Carette, Dissertations, dans Sirey, 1849, 1, 465, et 1849, 2, 449.
(2) Rejet, 30 avril 1849 (Dalloz, 1850, 1, 117).
(3) Orléans, 16 mars 1849 (Dalloz, 1849, 2, 156).
(4) Rejet, chambre civile, 26 juin 1855 (Dalloz, 1855, 1, 273).

CHAPITRE VIII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

§ Ier. *Extinction de l'obligation principale.*

No 1. PRINCIPE.

357. « Les priviléges et hypothèques s'éteignent : 1° par l'extinction de l'obligation *principale* » (art. 108; code civil, art. 2180). Quand une dette est garantie par une hypothèque, le créancier a deux droits : une créance principale, c'est-à-dire le droit que l'obligation donne au créancier contre le débiteur : un droit accessoire, celui qu'il tient de l'hypothèque. Si l'obligation principale s'éteint, le droit accessoire s'éteint également, l'accessoire ne pouvant exister sans le principal. Cela est aussi fondé en raison. Quel est l'objet de l'hypothèque? C'est un droit réel sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation; lorsque l'obligation est éteinte, la garantie hypothécaire n'a plus de raison d'être. Le privilége est également un droit accessoire et une garantie que la loi attache à une créance à raison de sa qualité. Il faut donc dire du privilége ce que nous venons de dire de l'hypothèque.

358. Tout mode d'extinction de l'obligation principale éteint aussi l'hypothèque et le privilége. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Toutefois il y a des exceptions ou des restrictions. Aux termes de l'article 1278, les priviléges et hypothèques s'éteignent par la novation, à moins que le créancier, en faisant novation, n'ait expressément stipulé que les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance passeront à celle qui lui est substituée. Dans quels cas le créancier peut-il faire cette réserve et quel en est l'effet? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, nos 328-332).

L'article 1299 consacre une seconde exception. On sup-

pose que le débiteur paye une dette qui était de droit éteinte par la compensation. Peut-il encore exercer la créance qu'il aurait pu opposer en compensation et peut-il se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés? La loi décide qu'il ne peut plus exercer ces droits, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. Nous renvoyons, pour l'explication de cette disposition, au titre qui est le siége de la matière (t. XVIII, nº 465).

La confusion n'éteint pas les dettes d'une manière absolue et définitive; elle empêche seulement le créancier, devenu débiteur, de poursuivre l'exécution de l'obligation. Mais cette impossibilité peut ne pas exister pour le droit hypothécaire; d'où suit que l'hypothèque subsiste, malgré la confusion. Nous renvoyons, pour l'explication de cette apparente anomalie, à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, p. 513), et nous y reviendrons encore plus loin.

359. Le mot *extinction* implique que l'obligation est éteinte pour le tout; si l'extinction n'est pas totale, l'hypothèque subsistera sur tous les biens hypothéqués. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il y aurait exception s'il était stipulé qu'une exécution partielle de l'obligation éteindrait l'hypothèque dans la même proportion; car les parties peuvent déroger au principe de l'indivisibilité, lequel est de la nature et non de l'essence du droit hypothécaire (art. 41; code civil, art. 2114).

360. Les auteurs ajoutent que l'extinction doit être définitive. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. On ne peut pas dire qu'une dette soit éteinte, quand la cause qui a produit l'extinction peut disparaître. Telles sont les offres réelles suivies de consignation. L'article 1257 dit qu'elles tiennent lieu de payement et qu'elles libèrent le débiteur; mais l'article 1261 ajoute que le débiteur peut retirer la consignation tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier, et que, s'il la retire, ses codébiteurs et ses cautions ne sont point libérés; par la même raison, les hypothèques ne sont pas éteintes. Lorsque la consignation a été déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, la

dette est définitivement éteinte; le créancier peut, il est vrai, consentir que le débiteur retire sa consignation, mais cela n'empêche pas qu'il y ait eu extinction de la dette; par suite, le créancier ne peut plus exercer les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés (art. 1262 et 1263).

L'extinction peut être définitive et néanmoins susceptible d'être annulée ou rescindée. Dans ce cas, la cause qui a entraîné l'extinction de la dette étant considérée comme n'ayant pas existé, la dette subsistera, et, par suite, les hypothèques n'auront pas été éteintes. C'est l'application du droit commun : ce qui est nul ne produit aucun effet.

Que faut-il décider si le payement est annulé par une convention des parties contractantes? Les parties sont, en général, libres de faire telles stipulations qu'elles jugent convenables; cette règle reçoit exception dans les matières qui sont d'ordre public, et tel est le régime hypothécaire (t. XXX, n° 187). Toutefois, si une convention est de pur intérêt privé, on rentre sous l'empire du droit commun. Il faut donc examiner la nature de la convention litigieuse. La difficulté s'est présentée dans l'espèce suivante. Bail d'un café-restaurant pour un loyer de 12,000 francs; payement anticipé du premier semestre en décembre 1873. Au mois de janvier 1874, ce payement est annulé par les parties contractantes; le locataire restitue sa quittance et reçoit en retour 2,000 francs, les 4,000 francs restants lui sont portés en compte pour les marchandises que lui fournissait le bailleur. Le locataire tombe en faillite; le bailleur se présente pour exercer son privilége, qui lui est contesté par le curateur. Celui-ci obtient gain de cause (1); sur le pourvoi, l'arrêt de la cour de Liége a été cassé (2). Nous croyons que la cour de cassation a bien jugé. Toutefois il y a des doutes. En principe, les parties peuvent révoquer leurs conventions par un consentement contraire; elles sont donc libres de révoquer un payement; cette résolution volontaire aura son entier effet entre les parties; mais peuvent-elles aussi résoudre ce qu'elles ont fait si des tiers y sont intéressés? Non, les articles 1262 et 1263 en donnent des

(1) Liége, 12 janvier 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 140).
(2) Cassation, 25 janvier 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 106).

exemples; il est inutile d'y insister, puisque la cour de cassation admet le principe, mais elle en écarte l'application en posant en fait qu'il n'était pas justifié qu'un tiers eût, dans l'intervalle entre le payement et la révocation du payement, acquis des droits sur les biens du débiteur. Ici est le nœud de la difficulté. Le payement anticipatif avait éteint la créance et, par suite, le privilége; il profitait donc aux créanciers chirographaires qui n'étaient plus primés par une créance privilégiée de 6,000 francs, tandis que, par suite de la révocation du payement, le bailleur venait leur enlever une somme de 6,000 francs. Telle est l'argumentation de la cour de Liége et, en apparence, elle est décisive. Mais elle suppose une chose qui n'est point, à savoir que les créanciers chirographaires ont un droit acquis en vertu du payement et de l'extinction du privilége qui en est la conséquence; tandis qu'en réalité, les créanciers chirographaires n'ont jamais un droit acquis sur les biens de leur débiteur. Leur droit ne naît que lors de la déconfiture ou de la faillite; jusque-là le débiteur peut grever ses biens de créances privilégiées, sans que les créanciers puissent se plaindre qu'il diminue leurs droits; or, s'il peut contracter de nouvelles dettes à leur préjudice, il peut aussi faire revivre des dettes anciennes. C'est cette dernière considération qui nous paraît décisive.

N° 2. APPLICATION.

I. *Le payement.*

361. Le payement éteint l'obligation principale si toute la dette est payée; par suite, les priviléges et hypothèques s'éteignent. Il y a exception quand le payement se fait avec subrogation; la loi crée, dans ce cas, une fiction en vertu de laquelle l'obligation est considérée comme subsistant avec les accessoires qui y sont attachés; de sorte que le subrogé exerce tous les droits, actions, priviléges et hypothèques qui appartenaient au créancier contre le débiteur. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations,* sur cette difficile matière.

362. L'application du principe à l'hypothèque légale

du mineur souffre quelque difficulté. On demande si elle est éteinte par l'apurement du compte et le payement du reliquat. La cour de Bourges l'avait jugé ainsi; sa décision a été cassée. On ne peut pas dire que le tuteur soit libéré définitivement par la reddition du compte et le payement de ce qu'il doit; en effet, le compte peut être incomplet; le mineur a, dans ce cas, une action en rectification qui a son fondement dans la gestion tutélaire; cette action dure dix ans (art. 475); ce n'est que lorsque la prescription est accomplie que le tuteur est libéré. Cela décide la question de l'hypothèque : toute action du mineur contre son tuteur du chef de la tutelle est garantie par l'hypothèque que la loi lui donne pour ses droits et créances (1).

Cette solution soulève une nouvelle difficulté. L'hypothèque du mineur subsiste pendant dix ans, à partir de la majorité (art. 475). Est-ce à dire que l'inscription doive aussi subsister? Un premier point nous paraît certain, c'est que le mineur devenu majeur peut consentir à la radiation de l'inscription. Il est capable de disposer de ses droits; rien n'empêche donc qu'il renonce à son inscription, et même à son hypothèque. Toutefois le droit absolu de disposition qui appartient au majeur est modifié quant au mineur qui a atteint sa majorité : la loi ne lui permet pas de faire avec son tuteur des traités qui dispensent celui-ci de rendre compte. Cette disposition de l'article 472 s'applique-t-elle à l'acte par lequel le mineur consent la radiation de son inscription? Nous avons examiné la question en traitant de la radiation des inscriptions (n° 165).

Autre est la question de savoir si le tuteur peut requérir la radiation de l'inscription. On enseigne l'affirmative, quand le compte est rendu et que le reliquat est payé. Cela nous paraît très-douteux. Les tribunaux ne peuvent prononcer la radiation d'une inscription hypothécaire que dans les cas prévus par la loi; or, l'article 95 (code civil, article 2160) ne leur permet d'ordonner la radiation que lorsque l'inscription dûment prise n'a plus de raison d'être, parce que les priviléges ou hypothèques sont effacés par

(1) Cassation, 21 février 1838 (Martou, t. IV, p. 15, n° 1337).

les voies légales. L'une de ces voies, c'est l'extinction de l'obligation principale; or, le tuteur n'est pas libéré de ses obligations par le payement du reliquat; il reste soumis à l'action hypothécaire pendant dix ans, et aussi longtemps que l'hypothèque subsiste, l'inscription doit subsister également. En vain dit-on que l'inscription a perdu *présentement* toute raison d'être; cela ne suffit pas pour que les tribunaux en doivent prononcer la radiation; l'extinction doit être définitive (n° 360), et elle ne l'est qu'après les dix ans. On invoque encore les dispositions de notre loi qui permettent au conseil de famille de réduire et même de radier l'inscription prise dans l'intérêt du mineur; à plus forte raison, dit-on, le tuteur peut-il exiger la radiation quand il a payé le reliquat de son compte. La loi répond à l'objection : elle permet au conseil de famille d'ordonner la réduction ou la radiation de l'inscription, mais sous les conditions et avec les garanties déterminées par la loi: elle ne permet pas au juge de radier l'inscription tant que l'hypothèque existe; cela est décisif. Martou ajoute que le mineur pourrait prendre une inscription nouvelle, puisque son hypothèque subsiste (1). C'est une preuve que la première inscription ne peut pas être radiée : conçoit-on que le tribunal prononce la radiation d'une inscription, alors que le créancier pourrait immédiatement en requérir une autre? Cela est contradictoire, et, de plus, cela est contraire à l'esprit de la loi. Elle veut garantir pleinement les intérêts du mineur; dans ce but, elle lui donne une hypothèque qui a rang dès l'ouverture de la tutelle; tandis que, dans l'opinion que nous combattons, le mineur perd son rang, et, en le perdant, il risque de perdre le bénéfice de son hypothèque.

363. La dation en payement éteint la dette, donc l'hypothèque aussi s'éteint. Mais que faut-il décider si le créancier est évincé de la chose qu'il a reçue en payement? La question est controversée, et il y a des doutes. Nous croyons que l'extinction est définitive, et que, par suite, l'hypothèque est éteinte. L'extinction est définitive en ce

(1) Martou, t. IV, p. 17 et 18, n° 1337.

sens que la première dette est éteinte. Il est vrai que le créancier a une action en garantie contre le débiteur, mais cette action est différente de celle qu'il avait en vertu de l'obligation originaire; elle n'est pas assurée par l'hypothèque qui garantissait l'ancienne dette; celle-ci étant éteinte, l'hypothèque ne peut pas lui survivre. On objecte la tradition. Loyseau et Domat enseignaient que la dation en payement ne libère le débiteur que sous la condition que la propriété de la chose soit transférée au créancier; dans cette théorie, la libération du débiteur n'est pas définitive, et, partant, l'hypothèque n'est pas éteinte lorsque le créancier est évincé. La tradition est une grande autorité, mais il faut voir si le code civil l'a consacrée. Or, il y a une disposition qui prouve le contraire : aux termes de l'article 2038, « l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. » Si la caution est déchargée, c'est parce que la dation en payement a éteint la dette, et si la dette est éteinte, les hypothèques et priviléges doivent aussi être éteints. Conçoit-on que le cautionnement soit éteint et que les garanties hypothécaires subsistent? La garantie personnelle et la garantie réelle sont l'une et l'autre des droits accessoires; il serait contradictoire que l'un des accessoires subsistât alors que l'autre serait éteint (1).

II. *La novation.*

364. La novation éteint la dette principale et les hypothèques qui y sont attachées, sauf dans les cas où le créancier peut réserver les garanties hypothécaires de l'ancienne créance. Cette réserve fait naître des difficultés que nous avons examinées au titre des *Obligations* (t. XVIII, n°s 330-332).

La doctrine et la jurisprudence admettent une novation

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 487, note 4, § 292. En sens contraire, la plupart des auteurs, notamment Martou, t. IV, p. 12 et suiv., n° 1336.

particulière pour l'hypothèque légale de la femme (1). Quand on dit que cette novation est particulière, on n'entend pas par là qu'il s'agisse d'une exception au droit commun; il ne pourrait y avoir d'exception qu'en vertu d'un texte formel; or, la loi ne s'occupe pas même de la novation dont nous allons parler; celle-ci reste donc soumise aux principes généraux, notamment au principe qui domine en cette matière, à savoir que la novation ne se présume pas, que la volonté de l'opérer doit résulter clairement de ce qui s'est passé entre les parties (art. 1272). On suppose que la femme a des reprises à exercer contre le mari; elle a de ce chef une hypothèque légale. D'un autre côté, le mari est usufruitier des biens de la femme, soit par contrat de mariage, soit par testament. Après la mort de la femme, ses héritiers procèdent avec le mari à la liquidation des droits et reprises auxquels ils succèdent. Quand les droits de la femme sont établis, les héritiers, au lieu d'exiger le payement des reprises, laissent entre les mains du mari tous les biens de la femme dont il a l'usufruit. Il s'opère, dans ce cas, une novation dans le titre du mari, en ce sens qu'il n'est plus détenteur des biens de la femme comme administrateur, et tenu de rendre compte, de ce chef, à ses héritiers. La liquidation implique le compte, les héritiers l'ont reçu, ils ont aussi reçu les biens de la femme, car pour les abandonner au mari, ils doivent être propriétaires; ils en ont acquis la propriété par le résultat de la liquidation; afin d'éviter une tradition inutile, ils ont abandonné au mari les biens dont il a l'usufruit. Par le fait de cette remise, le titre du mari est changé; il n'est plus débiteur des héritiers, il est usufruitier; sa dette, en ce qui concerne les reprises, étant éteinte, l'hypothèque aussi est éteinte. Le mari n'est plus tenu qu'à titre d'usufruitier; comme tel, il doit fournir caution, mais il n'est point grevé d'une hypothèque légale. On voit ce qu'il y a de particulier dans cette novation. Une dette est éteinte et une autre la remplace; mais cette nouvelle dette n'a pas été créée pour remplacer l'ancienne, ainsi que cela se fait

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 247, § 264 *ter*.

dans la novation ordinaire. Il serait plus vrai de dire que la première dette est éteinte par un payement fictif; ce payement fictif résulte de la liquidation des reprises de la femme et de l'abandon que les héritiers font au mari des biens de la femme; or, dès qu'il y a payement, il y a extinction de la dette ainsi que des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés. La jurisprudence et la doctrine qualifient de novation le changement qui s'opère dans la situation du mari (1). Mais tout changement n'est pas une novation; dans l'espèce, le mari était débiteur personnel; comme usufruitier, il a un droit réel, il n'est plus débiteur, à proprement parler. Peu importe du reste : l'essentiel est que la dette qui était garantie par une hypothèque légale soit éteinte, ce qui entraîne l'extinction de l'hypothèque (2).

365. Le fait seul que le mari est usufruitier et qu'il possède, à ce titre, les biens de la femme, suffirait-il pour que l'hypothèque légale fût éteinte? Non, l'hypothèque légale subsiste tant que les reprises de la femme ne sont pas liquidées et que la femme ne les a pas exercées, soit par un prélèvement réel qu'elle fait sur la communauté, soit en recevant des biens dont elle fait l'abandon au mari. Or, la circonstance que le mari est usufruitier et qu'il reste en possession des biens à ce titre n'implique aucunement la liquidation des reprises de la femme ; elle reste donc créancière et elle conserve son hypothèque légale. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation. Dans l'espèce, le mari avait été institué légataire universel de l'usufruit des biens de sa femme, avec dispense de toute demande en délivrance et de caution. Il resta en possession des biens sans qu'aucun acte intervînt entre lui et les légataires de la nue propriété. La cour décida que les héritiers de la femme pouvaient invoquer contre les héritiers du mari l'hypothèque légale attachée à la dot. Dans le système de la novation, on dit qu'il faut volonté de nover, clairement exprimée dans l'acte; or, il n'y avait aucun acte, donc pas

(1) Voyez un exemple dans l'arrêt de cassation du 21 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 888, 2°). Comparez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 287, note 83, § 264 *ter*. Ajoutez Cassation, 27 juin 1876 (Dalloz, 1877, 1, 121).

(2) Comparez Martou, t. IV, p. 9, n° 1334. Pont, t. I, p. 466, n° 441.

d'apparence de novation. Dans le système du payement, on aboutit à la même conséquence : tant que les reprises de la femme ne sont point liquidées et exercées d'une manière quelconque, le mari reste débiteur et la femme créancière; partant, l'hypothèque légale subsiste (1).

366. Les parties peuvent-elles déclarer qu'il n'y a pas novation? Voici l'espèce dans laquelle la difficulté s'est présentée. Le père était grevé d'une double hypothèque, du chef des reprises de sa femme, comme mari, et comme tuteur de sa fille qui exerçait les droits de sa mère. La moitié de cette créance fut payée lors du mariage de la fille, en vertu d'un compte de tutelle; l'autre moitié resta entre les mains du père, qui était usufruitier en vertu de son contrat de mariage. L'acte de reddition de compte portait, après l'établissement des valeurs qui faisaient l'objet du compte : « Sur quoi il faut retenir la moitié, représentant le droit d'usufruit en faveur du père. » Puis il était dit que les époux se réservaient tous leurs droits, priviléges et hypothèques, *sans novation aucune*. C'est sur cette clause de l'acte qu'un débat s'éleva. La cour de Grenoble décida que la clause litigieuse avait pour objet de maintenir l'hypothèque légale de la femme. Pour que l'hypothèque fût éteinte, il aurait dû y avoir ou novation ou payement. De novation, il n'y en avait point, puisque l'acte excluait la volonté de nover; et en stipulant qu'il n'y aurait pas de novation, les parties déclaraient par là même que la dette originaire subsistait; ils ne déchargeaient pas le père, débiteur des reprises; ils lui abandonnaient, il est vrai, les biens dont il était usufruitier, mais c'était une simple reconnaissance de son droit réel, ce qui n'empêchait pas le père de rester débiteur personnel de la dot. Les circonstances de la cause expliquaient la réserve de tous droits que la fille avait fait insérer dans l'acte; c'est que le père se trouvait dès lors en liquidation. Le décharger de l'hypothèque, sans stipuler des garanties contre l'usufruitier, c'eût été compromettre les droits de la fille (2). Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation

(1) Pont, t. I, p. 467 et suiv., n° 441. Martou, t. IV, p. 10, n° 1334.
(2) Rejet, 27 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 25).

dit que la clause litigieuse ne pouvait signifier autre chose, si ce n'est que le père continuerait à conserver, sa vie durant, la somme dont il était reliquataire et usufruitier, au même titre qu'il l'avait retenue jusqu'alors, c'est-à-dire comme débiteur des reprises, en qualité de mari et de tuteur. Cette stipulation, ajoute la cour, n'a rien d'illicite, et elle avait pour conséquence le maintien de l'hypothèque légale. Il nous reste un doute. La réserve que faisaient les époux n'était-elle pas contraire à l'acte qu'ils posaient? Il y avait un compte, donc une liquidation des reprises; les époux en devenaient nus propriétaires; ils étaient donc remplis de ce que le père leur devait. S'il n'y avait pas de novation, il y avait payement, et le payement éteignait l'hypothèque légale (1).

III. *La confusion.*

367. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, ce qu'il y a de particulier dans ce mode d'extinction des dettes et des hypothèques qui y sont attachées. La difficulté est de savoir si les hypothèques renaissent quand la confusion vient à cesser. On distingue. Lorsque la confusion cesse rétroactivement, il est certain que les hypothèques ne sont pas éteintes, puisque la confusion est censée n'avoir jamais existé. Ce n'est pas là un principe spécial à la confusion, c'est le droit commun (n° 360). Tel est le cas où l'acceptation de la succession est rescindée. Il en serait de même si l'héritier était exclu de la succession comme indigne, puisque, dans l'opinion que nous avons enseignée, l'indignité produit ses effets dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité (t. XVIII, n° 506). On ne doit pas dire que, dans ces cas, les hypothèques revivent, elles n'ont jamais été éteintes. Néanmoins il pourrait arriver qu'elles devinssent inefficaces, si les inscriptions n'avaient pas été renouvelées (2). Telle est du moins l'opinion générale. A notre avis, il faut maintenir le respect dû à la loi et aux décisions judiciaires; s'il est jugé que l'hypothèque n'a jamais

(1) Comparez Pont, t. I, p. 468, n° 441.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 488, § 292.

été éteinte, le créancier doit avoir le droit de renouveler son inscription, quand même elle se serait périmée pendant la confusion. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la radiation des inscriptions (nos 197, 231 et suiv.).

368. La confusion peut cesser sans rétroactivité. Tel est le cas où l'héritier vend l'hérédité. Les hypothèques renaissent-elles? Il y a controverse et doute. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 507). Dans notre opinion, la confusion n'est rien qu'une impossibilité d'exercer un droit, parce que le débiteur est en même temps créancier; dès que cette impossibilité cesse, les choses sont remises dans l'état où elles étaient; l'impossibilité cessant, les effets cessent aussi. Le code civil et, à sa suite, la loi hypothécaire ont appliqué ce principe en matière de confusion de droits réels, Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur l'article 105 (code civil, art. 2177). Dans l'opinion générale, les effets de la confusion subsistent, et par conséquent les hypothèques restent éteintes (1).

IV. *La prescription.*

369. La loi place la prescription parmi les causes d'extinction des obligations (art. 1234). D'après le droit commun, les actions se prescrivent par trente ans; il y a des prescriptions plus courtes. Quelle que soit la durée de la prescription de l'obligation principale, dès qu'elle est prescrite, le privilége ou l'hypothèque qui y étaient attachés sont également prescrits.

370. Ce principe s'applique notamment à l'hypothèque légale du mineur. Aux termes de l'article 475, toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans à compter de la majorité du pupille. Cette action est garantie par l'hypothèque que la loi donne au mineur pour ses droits et créances contre le tuteur (art. 47; code civil, art. 2121). Donc l'hypothèque légale du mineur s'éteint par la prescription de dix ans établie par l'article 475. Il y a un cas dans lequel le mi-

(1) Martou, t. IV, p. 13 et suiv., n° 1336.

neur peut agir après l'expiration des dix ans qui suivent sa majorité. Si l'action est fondée sur le dol, la violence, l'erreur, qui vicient le consentement qu'il a donné au compte de tutelle, on ne se trouve plus dans le cas prévu par l'article 475; on rentre par conséquent dans le droit commun. Mais quel est ce droit commun? Est-ce la prescription de dix ans de l'article 1304 qui court, non à partir de la majorité, mais à compter du jour où le dol et l'erreur ont été découverts et où la violence a cessé? ou est-ce la prescription générale de trente ans? Nous avons examiné la question au titre de la *Tutelle,* où est le siége de la matière (t. V, n° 191).

V. *De la collocation dans un ordre.*

371. La collocation dans un ordre éteint-elle les priviléges ou hypothèques attachés à la créance? Non, car la collocation n'est pas un payement, c'est seulement une indication de payement; cela est de doctrine et de jurisprudence (1). Comme cette matière est étrangère à notre travail, nous nous bornerons à citer un arrêt de la cour de cassation qui l'a jugé ainsi. La cour dit que l'hypothèque subsiste avec tous ses effets, tant que le créancier n'est pas payé; jusque-là, il conserve ses droits. S'il est colloqué sur un prix de vente, cette collocation, bien que pure et simple, et, à plus forte raison, lorsqu'elle n'est qu'éventuelle, loin de valoir payement, n'est qu'une indication de payement, laquelle ne saurait opérer novation; en effet, la novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Dans l'espèce, le créancier n'avait été colloqué qu'éventuellement, à charge de donner caution de restituer la somme qu'il recevrait dans le cas où d'autres créanciers éventuels qui le primaient, verraient échoir cette éventualité. Il n'y avait pas de doute; le créancier, n'étant pas définitivement désintéressé, pouvait être contraint de restituer le montant de sa créance;

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 488, notes 7-9, § 292.

dès lors il avait droit et intérêt d'en poursuivre le payement sur les autres biens de son débiteur également affectés à son hypothèque (1).

§ II. *La renonciation du créancier.*

372. On peut renoncer à tout droit; le créancier peut donc renoncer au privilége ou à l'hypothèque qui garantit sa créance. Cette renonciation ne doit pas être confondue avec la remise que le créancier fait de la dette. La remise éteint aussi l'hypothèque quand elle éteint l'obligation principale pour le tout. C'est l'application du principe que nous venons d'expliquer. Mais la remise, quand il y a plusieurs codébiteurs, peut être personnelle, si le créancier s'est réservé son recours contre les codébiteurs; la dette subsistant, dans ce cas, pour partie, l'hypothèque subsiste également; tandis que si le créancier renonce directement à l'hypothèque, l'hypothèque est nécessairement éteinte. Il y a une autre différence entre la remise de la dette et la renonciation à l'hypothèque. La remise résulte toujours d'une convention, qu'elle se fasse à titre onéreux ou à titre gratuit (t. XVIII, n° 337), tandis que la renonciation à l'hypothèque peut résulter d'un acte de volonté unilatérale. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante.

Une femme mariée renonce, par acte authentique, à son hypothèque légale, sur des immeubles appartenant à son mari, en faveur de deux créanciers inscrits sur les mêmes immeubles, du chef de son mari, et dont le rang suivait immédiatement le sien. Ces créanciers ne figuraient pas à l'acte. Le lendemain la même dame subrogea un troisième créancier dans son hypothèque légale, en lui déclarant qu'elle venait de renoncer à son hypothèque au profit des deux créanciers inscrits après elle; puis, avant toute acceptation de la part de ces créanciers, elle révoqua la renonciation qu'elle avait consentie en leur faveur. Un ordre

(1) Cassation, 25 février 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2321). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 488, et notes 7-9, § 292.

s'étant ouvert, une contestation s'éleva sur la validité de la renonciation et de la révocation. La cour de cassation décida que la renonciation de la demanderesse au bénéfice de son hypothèque légale était un pur acte de renonciation de sa part, sans aucune stipulation ou engagement à son profit; qu'un tel acte émané d'un créancier, maître de ses droits, produisait son effet par lui-même, conformément à l'article 2180 (loi hyp., art. 108). La cour dit qu'il en est de même de toute renonciation soit à une succession, soit à une communauté ou à un usufruit; aucune loi n'impose au bénéficiaire l'obligation d'une déclaration quelconque pour rendre irrévocables à son égard les effets de la renonciation. En thèse générale, dit l'arrêt, il suffit que le propriétaire d'un droit manifeste l'intention de n'en pas faire usage, pour que le droit secondaire prenne le rang du *droit éteint* qui le primait (1). Les auteurs reproduisent littéralement cette décision (2). Elle nous paraît contestable à bien des égards.

D'abord, il n'est pas exact de dire que *toute* renonciation est valable par la volonté seule de celui qui renonce. Nous venons de citer la remise de la dette qui est aussi une renonciation et qui implique néanmoins un concours de consentement, une convention. Il faut distinguer. Quand la renonciation a pour effet de dissoudre un contrat, il faut le concours de volontés de ceux qui l'ont formé; la raison en est que les conventions qui se forment par le consentement des deux parties ne peuvent se dissoudre que par un consentement contraire. La doctrine de la cour est donc trop absolue. Dans l'espèce, elle a bien jugé au fond. Il s'agissait de la renonciation à un droit réel; or, celui qui a un droit dans la chose peut abdiquer ce droit par sa seule volonté (t. XVIII, p. 337). Reste à déterminer l'objet et l'effet de la renonciation litigieuse. La cour cite l'article 2180 (loi hyp., art. 108). Est-il vrai que, dans l'espèce, la femme entendait renoncer à son hypothèque dans le sens de cette disposition? La négative était certaine,

(1) Rejet, 19 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 175).
(2) Martou, t. IV, p. 19, nº 1339.

car elle résultait des actes posés par la femme : après avoir renoncé à son hypothèque, elle y subrogea un tiers créancier, puis elle vint exercer ses droits hypothécaires. La renonciation n'avait donc pas pour objet d'éteindre son hypothèque, elle renonçait seulement au rang que lui donnait son inscription. C'était un des actes que l'on comprend sous l'expression générale de *subrogation d'hypothèque* et qui se font régulièrement par convention. Il est vrai que, dans l'espèce, les créanciers n'avaient point figuré à l'acte; mais cela ne prouve pas qu'il n'était intervenu aucune convention entre eux et la femme. La décision de la cour était donc, à cet égard encore, trop absolue. C'était un point de fait à constater, tandis que la cour en fait une question de droit. En définitive, la renonciation peut être un acte unilatéral, comme nous l'avons dit; mais elle n'est pas nécessairement l'œuvre de la volonté de l'une des parties.

373. Qui peut renoncer? La renonciation dont parle l'article 108 (code civil, art. 2180) suppose une abdication de l'hypothèque faite par un créancier dont la créance subsiste; c'est plus que la renonciation au rang que donne l'inscription, car le créancier qui renonce au rang conserve le droit d'hypothèque, tandis que la renonciation de l'article 108 l'éteint. Ainsi le créancier qui renonce à l'hypothèque se dépouille de ce droit, il en dispose; or, l'hypothèque est un droit réel immobilier, un démembrement de la propriété; y renoncer, c'est disposer d'une propriété immobilière; pour pouvoir renoncer, il faut donc avoir la capacité d'aliéner un immeuble. On peut, par conséquent, appliquer, par analogie, à la renonciation de l'article 108 ce que nous avons dit de la renonciation à l'usufruit et aux servitudes. Peu importe que la renonciation se fasse par un acte unilatéral ou par une convention, c'est toujours un acte de disposition. Seulement, si la convention était une libéralité, il faudrait que le créancier eût la capacité de disposer à titre gratuit, et le débiteur devrait avoir le droit de recevoir à ce titre. C'est le droit commun.

On formule d'ordinaire le principe en des termes moins restrictifs. Il suffit, dit-on, que le créancier ait la libre dis-

position de la créance qui est garantie par le privilége ou l'hypothèque (1) : la créance étant un droit mobilier, la capacité requise serait celle de disposer d'un meuble. C'est une capacité moindre que celle que nous exigeons, puisqu'il y a des incapables, tels que la femme séparée de biens, qui ont le droit de disposer de leur mobilier et de l'aliéner; tandis qu'ils n'ont pas le droit d'aliéner leurs immeubles. A vrai dire, la renonciation de l'article 108 (code civil, art. 2180) n'est pas une disposition de la créance, puisque le créancier conserve son droit, c'est une disposition de la garantie hypothécaire; le renonçant risque de ne pas être payé, mais il conserve son droit au payement; c'est donc le droit accessoire qui fait l'objet de l'acte ou de la convention, et non l'obligation principale. Cela nous paraît décisif.

374. Comment se fait la renonciation? La loi ne prévoit pas la difficulté; on reste donc sous l'empire du droit commun. Il s'ensuit que la renonciation, comme toute manifestation de volonté, peut être expresse ou tacite. La renonciation expresse est-elle soumise à une forme spéciale? Le silence de la loi répond à la question. On a soutenu qu'il fallait un acte authentique, par analogie de l'article 93 (code civil, art. 2158), qui exige un consentement donné dans la forme authentique pour la radiation ou la réduction d'une inscription hypothécaire. La cour de Paris a rejeté cette interprétation; l'article 2180, dit-elle, ne dit pas que la renonciation doit se faire par acte authentique; il laisse donc les parties dans le droit commun, qui leur permet de constater leurs conventions par acte sous signature privée. En conséquence, la cour a validé une renonciation faite par acte sous seing privé, reconnu par celui à qui on l'opposait (2). La décision n'est pas douteuse; toujours est-il qu'il y a une antinomie dans la loi. Le débiteur peut requérir la radiation de l'inscription en vertu de l'acte de renonciation de l'hypothèque faite sous seing privé, tandis qu'un acte authentique serait nécessaire pour requé-

(1) Pont, t. I, p. 546, n° 1233.
(2) Paris, 23 avril 1853 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2470).

rir la radiation en vertu d'une renonciation à l'inscription : la loi se montre plus sévère pour la publicité que pour le fond du droit.

375. La renonciation tacite s'induit d'un fait posé par le créancier. Ce fait doit être de telle nature qu'il implique nécessairement la volonté de renoncer à l'hypothèque. C'est le principe général qui régit toute renonciation tacite. Si l'on peut donner au fait allégué contre le créancier une autre interprétation que celle qui implique la renonciation, le juge ne pourra pas admettre qu'il a renoncé à l'hypothèque. De même si l'acte peut être interprété en ce sens que le créancier renonce seulement au rang que lui donne l'inscription, le juge devra admettre cette dernière interprétation ; c'est une conséquence du principe que les renonciations doivent être interprétées restrictivement. On ne peut pas admettre facilement qu'un créancier abdique la garantie hypothécaire qui assure le payement de sa créance : il y a moins de danger pour lui à renoncer à son rang de priorité, parce que cette renonciation laisse subsister l'hypothèque ; c'est donc, dans le doute, cette dernière interprétation qui devra être admise (1).

376. Le créancier concourt à l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire qu'il est partie à l'acte. Ce concours implique-t-il une renonciation à l'hypothèque? Pothier l'admet, et il explique la raison de cette *présomption ;* il va sans dire que ce que Pothier appelle présomption est une simple interprétation de volonté : « Le consentement du créancier à la vente de la chose qui lui est hypothéquée ne peut paraître intervenu pour autre fin que pour la décharge de son hypothèque, puisque le débiteur n'avait pas besoin de ce consentement pour vendre la chose (2). » Cela est, en effet, probable, mais ce n'est qu'une simple probabilité : les circonstances de la cause peuvent prouver que le créancier n'a pas entendu renoncer à son hypothèque. Il faut donc entendre l'opinion de Pothier comme une décision en fait, et non comme une décision en droit.

(1) Martou, t. IV, p. 22, n° 1340.
(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XX, sect. IV, n° 62.

En supposant qu'il y ait renonciation, le créancier peut avoir eu l'intention de renoncer seulement au rang que lui donne l'inscription, c'est-à-dire au droit de suite, sans renoncer au droit de préférence qu'il a à l'égard d'autres créanciers (1). Le juge décidera, et, dans le doute, il se prononcera pour la renonciation la moins étendue. Si Pothier ne fait pas ces restrictions, la raison en est que, dans l'ancien droit, les hypothèques étaient occultes; il ne pouvait donc pas s'agir d'une renonciation à l'inscription.

Quand le créancier renonce à son hypothèque, en concourant à une aliénation consentie par le débiteur, il le fait pour favoriser cette aliénation; pour mieux dire, son concours et sa renonciation sont une condition sans laquelle la vente n'aurait pas eu lieu. Il suit de là que la renonciation est subordonnée à l'existence de la vente en vue de laquelle elle a été faite. Si la vente ne se consomme pas, si elle est annulée ou résolue, la renonciation tombe; c'est une clause du contrat, laquelle n'a plus de raison d'être si le contrat ne se parfait point, ou s'il est anéanti de manière qu'il soit considéré comme n'ayant jamais existé; la renonciation aussi sera, dans ce cas, réputée non avenue.

377. Nous disons qu'il y a renonciation quand le créancier *concourt* à l'acte ; il faut, comme le dit Pothier, qu'il *consente* à la vente, c'est-à-dire qu'il soit partie au contrat. S'il signe l'acte comme témoin, il n'est pas partie à l'acte, il ne consent point, il atteste seulement que les parties ont consenti; donc il n'y a pas renonciation à l'hypothèque. Il a cependant été jugé que le créancier hypothécaire qui signe, en qualité de témoin, un acte de constitution d'hypothèque où le bien est déclaré franc et quitte, renonce à son hypothèque; la cour de Bruxelles dit que ce fait suppose nécessairement la renonciation du créancier à son hypothèque. Cela est trop absolu; le créancier ne déclare pas que le bien est libre, il constate seulement par sa signature que la déclaration a été faite. Ce qu'on peut lui reprocher, c'est d'avoir, par sa signature, aidé à tromper

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 491, et notes 20 et 21, et les autorités qu'ils citent. Comparez ce qui a été dit plus haut, n° 332.

les tiers, le fait qu'il a posé est un fait dommageable; par suite, les tiers ont contre lui une action en dommages-intérêts. La cour a été plus loin; elle a considéré la renonciation du créancier comme absolue et profitant, à ce titre, non-seulement au créancier qui avait figuré à l'acte, mais à tous les autres créanciers (1). Si l'on interprète le fait du créancier comme une renonciation, la décision de la cour ne peut pas se justifier; car la renonciation, dans l'espèce, faisait partie de la convention, et les conventions ne profitent pas aux tiers, comme elles ne leur nuisent point. Si l'on admet notre explication, on peut dire que le créancier a trompé tous les tiers intéressés; que, partant, il doit répondre du dommage qu'il leur a causé par sa mauvaise foi. Le fait n'est pas une renonciation, c'est un délit, et le délit entraîne la responsabilité de l'auteur du fait dommageable à l'égard de tous ceux qui en souffrent un préjudice (2).

378. Le créancier concourt dans un acte par lequel le débiteur consent une hypothèque, en faveur d'un tiers, sur l'immeuble qui est affecté à la créance du premier créancier. Ce concours emporte-t-il renonciation à l'hypothèque? Pothier répond : « La remise qui résulte de ce consentement souffre plus de difficulté que celle qui résulte du consentement à l'aliénation de la chose; car le créancier qui consent à ce que le débiteur hypothèque à un autre l'immeuble qui lui était hypothéqué peut n'avoir pas eu l'intention de remettre son hypothèque, mais seulement celle de consentir que le dernier créancier passe à sa place, et on le doit décider ainsi d'après les circonstances (3). » C'est la renonciation au bénéfice de l'inscription dans l'intérêt du nouveau créancier. Dans le doute, c'est cette interprétation restrictive qui doit l'emporter (4).

379. En matière de faillite, il y a une renonciation spé-

(1) Bruxelles, 7 mars 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 67). Comparez Pont, t. II, p. 548, n° 1237.
(2) Domat, *Lois civiles*, livre III, tit. 1, sect. VII, n° 15. Martou, t. IV, p. 22 et suiv., n° 1340.
(3) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XX, sect. IV, n° 62.
(4) Aubry et Rau, t. III, p. 491, note 22, § 293, et les autorités qu'ils citent.

ciale. La loi du 18 avril 1851 (art. 513) porte que les créanciers privilégiés et hypothécaires n'ont voix dans les opérations relatives au concordat que s'ils renoncent à leur droit de préférence; et le fait seul de voter au concordat emporte de plein droit renonciation. Il a été jugé que la réserve que ferait de ses droits un créancier privilégié ou hypothécaire serait inopérante (1). C'est une de ces réserves qui sont en contradiction avec le fait : quand la loi dit que le créancier ne peut concourir au concordat qu'en renonçant, et qu'il renonce en y votant, le créancier n'est pas admis à voter, tout en réservant ses droits; cela est contradictoire; le fait, tel que la loi l'interprète, l'emporte sur la réserve du créancier.

380. Il va sans dire que les cas de renonciation tacite que nous venons de rapporter ne sont que des exemples. Le principe est général et reçoit son application d'après les circonstances de la cause. Il est inutile de s'arrêter sur ces applications, très-rares du reste (2); ce sont des appréciations de faits, et les faits varient d'une cause à l'autre.

§ III. *Radiation de l'hypothèque légale.*

381. D'après l'article 108, les hypothèques s'éteignent encore « par l'effet des jugements dans les cas prévus par les §§ 1 et 2 de la première section du chapitre III ». Ces cas sont ceux des articles 60 et 72. Quand les inscriptions prises au nom du mineur sont excessives, le tuteur en peut demander la réduction; c'est le conseil de famille qui « restreint les sûretés primitivement exigées ». Sa délibération est soumise à l'homologation du tribunal. Cette restriction est considérée par l'article 108 comme une extinction partielle de l'hypothèque du mineur; il peut aussi y avoir radiation complète de l'inscription si elle devient inutile : ce serait, dans l'esprit de l'article 108, une extinction totale de l'hypothèque. Cela n'est pas exact; l'hypothèque sub-

(1) Cassation, 26 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 283).
(2) Nous n'en connaissons qu'une. Rejet, 10 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 109).

siste, et le conseil de famille ni le tribunal ne peuvent jamais renoncer à la garantie que la loi accorde au mineur; ils peuvent seulement réduire ou radier l'inscription, sauf à en prendre une nouvelle quand la chose sera nécessaire. Il en est de même de l'hypothèque légale de la femme; si des inscriptions sont prises sans le concours du mari, celui-ci peut demander que « l'hypothèque soit réduite aux sommes que la femme peut avoir à réclamer et restreinte aux immeubles suffisants pour les garantir ». La loi s'exprime mal en disant que l'*hypothèque* est *restreinte*, c'est l'inscription qui est réduite. Il n'y a donc pas d'extinction de l'hypothèque légale. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les articles 72 et 60, au chapitre des *Hypothèques légales*.

§ IV. *Du* § 2 *de l'article* 82.

382. Les hypothèques s'éteignent, d'après l'article 108, n° 6, « par la cause énoncée au § 2 de l'article 82 ». Cet article prévoit le cas où les priviléges et hypothèques n'auraient pas été inscrits avant le décès du débiteur; ils ne pourront plus l'être que dans les trois mois de l'ouverture de la succession. Si l'inscription ne se fait pas dans ce délai, la loi considère les priviléges et hypothèques comme éteints. Cela n'est pas exact. La loi confond l'inscription avec l'hypothèque. L'hypothèque de même que le privilége existent indépendamment de l'inscription, celle-ci n'est requise que pour donner effet à l'hypothèque et au privilége à l'égard des tiers; quand l'inscription ne peut plus être faite, le créancier ne jouira pas du droit de préférence ni du droit de suite; mais on ne peut pas dire que l'hypothèque ou le privilége soient éteints, ils subsistent et ils peuvent même produire des effets entre les parties. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (t. XXX, nos 553-555).

L'article 108 ne mentionne pas le § 3 de l'article 82, qui, au point de vue de l'extinction des hypothèques, est identique avec le cas prévu par le § 2 du même article. Quand le débiteur tombe en faillite, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre inscription. Leur hypo-

thèque n'est pas éteinte, mais elle est inefficace à l'égard des tiers.

§ V. *De la purge.*

383. Les priviléges et hypothèques s'éteignent « par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis ». La loi a un chapitre spécial sur la purge; nous y renvoyons.

§ VI. *De la prescription.*

384. « Les priviléges et hypothèques s'éteignent par la prescription » (art. 108, n° 5). C'est le droit commun quant au principe : tous les droits s'éteignent quand ils ne sont pas exercés dans le délai établi par la loi. C'est ce qu'on appelle la prescription extinctive. « La prescription, dit l'article 2219, est un moyen de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi. » Ce moyen de se libérer s'applique aux droits réels aussi bien qu'aux droits de créance. Le débiteur ou le tiers détenteur se libèrent donc de l'hypothèque qui grève l'immeuble par le laps de temps que la loi détermine; ce temps diffère suivant que l'immeuble est dans les mains du débiteur ou d'un tiers détenteur.

N° 1. DE LA PRESCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE QUAND L'IMMEUBLE EST DANS LES MAINS DU DÉBITEUR.

385. Aux termes de l'article 108 (code civil, art. 2180), « la prescription (de l'hypothèque) est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége ». Quand l'obligation principale est éteinte par la prescription, l'hypothèque aussi est éteinte. C'est l'application du principe posé par le n° 1 de l'article 108 (n°s 369 et 370); le n° 5 est donc, en ce qui concerne le débiteur, la répétition du n° 1. Si la loi a mentionné l'ex-

tinction de l'hypothèque par la prescription de l'obligation principale, bien que ce cas fût déjà prévu par le n° 1 de l'article 108, c'est d'abord pour marquer que le code civil déroge à l'ancien droit. On suivait jadis la disposition des lois romaines, d'après laquelle l'hypothèque ne se prescrivait que par le laps de quarante années, bien que l'obligation personnelle fût soumise à la prescription de trente ans. Comment l'accessoire pouvait-il survivre au principal? La prescription, disait-on, n'éteignait que l'action civile, elle laissait subsister l'obligation naturelle, c'est celle-ci qui était garantie par l'hypothèque. Nous ne connaissons plus l'obligation naturelle du droit romain; dans notre opinion, l'obligation naturelle mentionnée dans l'article 1235 n'est pas même susceptible d'être hypothéquée, puisqu'elle n'est reconnue par la loi qu'au moment où elle s'éteint par le payement. Quoi qu'il en soit, le code n'a pas maintenu la prescription de quarante ans; dès que l'obligation principale est éteinte par la prescription, quelle qu'en soit la durée, l'hypothèque aussi est éteinte. La durée générale de la prescription est de trente ans, mais la loi admet des prescriptions plus courtes : telle est la prescription de dix ans établie pour les actions que le mineur a contre son tuteur du chef de la tutelle (art. 475); il y a encore des prescriptions de deux ans, d'un an, de six mois (art. 2271-2273). En ce qui concerne les privilèges et hypothèques, la durée de la prescription est indifférente.

Il y a un second motif pour lequel la loi a mentionné l'extinction de l'hypothèque par la prescription de l'action principale, c'est pour mettre en évidence la distinction qu'elle établit entre les deux hypothèses qu'elle prévoit : la première quand la prescription s'accomplit en faveur du débiteur, et la seconde quand c'est le tiers détenteur qui prescrit contre le créancier. Les deux hypothèses sont régies par des principes différents; il importe donc de ne pas les confondre (1).

386. La première hypothèse est très-simple. Tant que le débiteur possède l'immeuble hypothéqué, il n'y a qu'une

(1) Mourlon, t. III, p. 679, nos 1671 et 1672. Pont, t. II, p. 550, n° 1242.

prescription, celle de l'obligation principale, il n'y a pas de prescription distincte pour l'action hypothécaire; celle-ci est l'accessoire de l'action personnelle et se confond avec cette action. Quand le créancier agit contre le débiteur, il le poursuit en vertu de l'obligation que celui-ci a contractée; si le débiteur y satisfait, il n'y a pas lieu de mettre en mouvement l'action hypothécaire. N'y satisfait-il point, le créancier qui a un gage spécial le saisit et le fait vendre, pour être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers. L'action hypothécaire est donc comprise dans l'action personnelle, elle en est une dépendance. De là suit que l'action personnelle absorbe l'action hypothécaire; le créancier n'a pas deux droits, il n'en a qu'un, lequel est garanti par une sûreté réelle. Là où il n'y a qu'un droit, il ne peut y avoir qu'une seule prescription. Le débiteur est en face de son créancier seul, il prescrit contre lui; il est libéré si le créancier laisse éteindre son action personnelle; il est libéré entièrement, car le créancier qui ne peut plus agir par l'action personnelle ne peut plus agir non plus par l'action hypothécaire. De même le créancier se trouve en face du débiteur seul; il n'a qu'un droit à conserver, son action personnelle; en interrompant la prescription de l'action personnelle, il interrompt par cela même la prescription de l'action hypothécaire; car, tant qu'il conserve son droit, il peut en user dans toute sa plénitude avec les accessoires qui y sont attachés. La prescription de l'action personnelle est-elle suspendue par des minorités ou par d'autres causes, le droit du créancier se conserve sans qu'il ait besoin d'agir, et, en conservant son droit, il conserve son hypothèque (1).

N° 2. DE LA PRESCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE QUAND L'IMMEUBLE EST DANS LES MAINS D'UN TIERS DÉTENTEUR.

387. Le tiers détenteur peut d'abord se prévaloir de la prescription de l'action personnelle. La loi ne le dit point; elle n'avait pas besoin de le dire, puisque c'est le droit

(1) Pont, t. II, p. 551, n° 1244.

commun. La prescription éteint l'obligation principale et, par cela même, les droits accessoires; l'hypothèque étant éteinte, tous ceux qui ont intérêt à se prévaloir de cette extinction peuvent l'opposer, et avant tout le tiers détenteur. Nous croyons inutile d'insister, quoiqu'il y ait une nombreuse jurisprudence sur la matière (1); cela prouve que la pratique ignore parfois les principes les plus simples.

388. L'article 108 ne parle que de la prescription que le tiers détenteur peut opposer de son chef; cette prescription « ne lui est acquise que par le temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers ». La prescription la plus longue, qu'il s'agisse de droits immobiliers ou de droits mobiliers, est celle de trente ans. C'est la règle générale de l'article 2262. Pourquoi, au lieu de dire simplement que l'hypothèque se prescrit par trente ans, la loi se sert-elle de cette circonlocution singulière que la prescription n'est acquise au tiers détenteur que par le temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers? Le législateur a voulu marquer par là la dérogation qu'il apporte au code civil. D'après l'article 2180, le tiers détenteur pouvait se prévaloir de la prescription acquisitive de dix à vingt ans, que l'on appelle usucapion dans le langage de l'école; tandis que le législateur belge a rejeté cette usucapion, comme mode d'extinction, il n'admet que la prescription acquisitive de trente ans au profit du tiers détenteur. Quels sont les motifs de cette dérogation?

En théorie, le système du code civil est plus juridique. Le tiers détenteur peut acquérir la toute propriété par une possession de dix ou vingt ans appuyée sur un juste titre et sur la bonne foi; pourquoi ne pourrait-il pas acquérir, sous les mêmes conditions, un démembrement de la propriété, dans l'espèce, l'hypothèque qui ne lui laisse qu'une propriété démembrée? Le tiers détenteur peut acquérir la pleine propriété par deux prescriptions, la prescription

(1) Martou, t. IV, p. 29, n° 1349; Pont, t. II, p. 552, n° 1245, et les autorités qu'ils citent.

trentenaire sans titre ni bonne foi et l'usucapion de dix à vingt ans avec titre et bonne foi; logiquement, il devrait avoir le droit d'acquérir par les mêmes prescriptions le démembrement de la propriété qui appartient aux créanciers hypothécaires. On a objecté que le tiers détenteur ne pouvait pas invoquer l'usucapion, parce que la bonne foi lui manque nécessairement : « Tout tiers détenteur, dit M. Lelièvre dans son rapport, doit être *réputé* avoir connaissance des droits hypothécaires affectant l'immeuble qu'il a acquis (1). » Ce serait une présomption de mauvaise foi, alors que le législateur présume toujours la bonne foi. Il est vrai que la plus simple prudence commande à ceux qui achètent un immeuble de consulter les registres du conservateur, qui leur donneront connaissance des inscriptions et, par conséquent, de l'hypothèque; mais cela n'empêche pas que la bonne foi soit une question de fait; d'où suit que la loi ne peut pas présumer la mauvaise foi. D'ailleurs le tiers détenteur peut être donataire ou légataire, et, à ce titre, il peut fort bien ignorer les inscriptions qui grèvent l'immeuble donné ou légué. Il faut donc écarter l'idée d'une mauvaise foi légale.

Il y a une autre raison qui a engagé le législateur à ne pas admettre l'usucapion au profit du tiers détenteur, c'est que ce mode d'extinction de l'hypothèque serait un grave danger pour le créancier hypothécaire. Si le tiers acquéreur prescrivait l'hypothèque par dix ans, le créancier devrait veiller sans cesse à interrompre la prescription. Or, il peut même ignorer l'existence de la vente, de la donation ou du legs qui a fait passer l'immeuble dans les mains d'un tiers détenteur; et, quand il le saurait, un simple oubli le dépouillerait de sa garantie et, par conséquent, de sa créance. C'est en ce sens que la loi dit que le tiers détenteur ne peut invoquer que la prescription la plus longue. La prescription trentenaire même n'est pas sans danger. Si le débiteur remplit fidèlement ses obligations en payant les intérêts ou les arrérages, le créancier ne songera pas à son droit hypothécaire; il n'interrompra pas la prescription

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 156).

qui court contre lui, et après trente ans son droit aura péri. Logiquement, le législateur aurait dû faire ce que l'on avait proposé en France lors des projets de révision du régime hypothécaire, ne maintenir d'autre prescription que celle de l'action personnelle. La loi belge est une demi-mesure, inconséquente, car elle est en contradiction avec le motif même pour lequel les auteurs de la loi ont dérogé au code civil (1).

389. Il y a une différence essentielle entre la seconde hypothèse, où c'est le tiers détenteur qui prescrit, et la première où c'est le débiteur qui prescrit. Dans celle-ci, il n'y a qu'une prescription, c'est la prescription extinctive (n° 386); dans l'autre, il y en a deux. L'action hypothécaire, qui se confondait avec l'action personnelle tant que le débiteur possédait l'immeuble hypothéqué, en est séparée quand l'immeuble se trouve dans les mains d'un tiers acquéreur. Le créancier a, dans ce cas, deux droits, dont l'un est, à la vérité, l'accessoire de l'autre, mais qu'il exerce néanmoins contre deux personnes différentes, le débiteur personnel et le tiers détenteur. L'une est une action personnelle née d'un lien d'obligation; le droit du créancier s'éteint par la prescription, comme toute action. L'autre est une action réelle, ce qui exclut toute idée d'obligation; le droit du créancier s'éteint quand le tiers détenteur a prescrit la toute propriété de l'immeuble par la possession de trente ans. De là suit que le créancier a deux droits à conserver, de sorte qu'en conservant l'un, il ne conserve pas l'autre. S'il interrompt la prescription de l'action principale, il aura conservé sa créance : est-ce à dire qu'il aura aussi conservé l'hypothèque, qui en est l'accessoire? Non; l'hypothèque est un droit accessoire, en ce sens seulement que, si l'obligation principale s'éteint, l'hypothèque s'éteindra également; mais, comme le droit hypothécaire s'exerce contre le tiers détenteur, la prescription qui court en faveur de celui-ci ne peut être interrompue que par des actes qui s'adressent à sa personne; l'interruption qui se fait contre le débiteur lui est étrangère

(1) Martou, t. IV, p. 31 et suiv., n° 1350.

et ne peut lui nuire; malgré cette interruption, la prescription continuera à courir en sa faveur. Il se peut donc que l'hypothèque s'éteigne, bien que la créance principale ait été conservée par des actes interruptifs.

Il va sans dire que le créancier ne doit pas se borner à conserver son droit hypothécaire; s'il laisse perdre sa créance principale en n'agissant pas contre le débiteur, vainement aurait-il interrompu la prescription de l'action hypothécaire; le tiers détenteur, s'il était poursuivi hypothécairement, opposerait la prescription de l'action principale, laquelle entraîne l'extinction de l'hypothèque (n° 387).

390. Le tiers détenteur peut avoir deux prescriptions à accomplir. Si son auteur était propriétaire, il a acquis la propriété, mais une propriété démembrée; pour devenir plein propriétaire, il doit prescrire l'hypothèque; c'est la prescription de trente ans dont nous venons de parler, la seule que le tiers détenteur ait à accomplir dans cette hypothèse. Mais s'il a acquis la chose de celui qui n'en avait pas la propriété, il y aura lieu à deux prescriptions, l'une contre le véritable propriétaire, l'autre contre le créancier hypothécaire. Par la première, le tiers acquerra la propriété; par la seconde, il acquerra le démembrement de la propriété qui est dans les mains du créancier hypothécaire. Il n'acquerra donc la pleine propriété qu'en prescrivant, d'une part, la propriété contre le propriétaire, propriété démembrée, puisqu'elle est grevée d'une inscription hypothécaire, et, d'autre part, en prescrivant le démembrement de la propriété contre le créancier. Les deux prescriptions sont distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Contre le propriétaire, le tiers détenteur pourra se prévaloir de l'usucapion ou de la prescription trentenaire, selon qu'il aura ou non titre et bonne foi; tandis que contre le créancier hypothécaire, il ne peut prescrire que par le laps de trente ans; de sorte que s'il a titre et bonne foi, il deviendra propriétaire après dix ou vingt ans, mais il sera propriétaire grevé d'hypothèque jusqu'à ce qu'il ait accompli la prescription trentenaire. Les deux prescriptions diffèrent encore sous d'autres rapports. L'usucapion suppose un titre, et le titre ne peut être opposé aux tiers que lorsqu'il a été

transcrit; c'est donc seulement à partir de la transcription que le tiers acquéreur peut commencer à prescrire. Il n'en est pas de même de la prescription trentenaire : elle se fonde uniquement sur la possession, elle commence donc à courir du moment où le tiers détenteur possède. Les deux prescriptions étant indépendantes l'une de l'autre, il en résulte que l'usucapion peut être suspendue et que la prescription trentenaire ne l'est pas, que l'une peut être interrompue et que l'autre ne l'est point (1).

391. Le détenteur de l'immeuble hypothéqué peut être un tiers qui a constitué l'hypothèque sur son immeuble pour la sûreté d'une dette dont il n'était pas tenu personnellement. En ce sens, il est tiers détenteur. Peut-il, à ce titre, se prévaloir de la prescription trentenaire que la loi accorde au tiers qui détient l'immeuble hypothéqué sans être débiteur personnel? L'affirmative est certaine. Ce tiers ne s'est pas obligé personnellement, nous le supposons, il a seulement engagé sa chose; il est donc un tiers détenteur. On l'appelle, il est vrai, caution réelle, parce qu'il est intervenu en faveur du débiteur personnel en hypothéquant sa chose pour la sûreté de la dette, comme la caution intervient en engageant sa personne. Mais, bien que le but de l'intervention soit le même, l'effet diffère essentiellement; dans un cas, la personne est obligée, tandis que dans l'autre elle ne l'est pas : ce qui est décisif. La charge qui grève l'immeuble est purement réelle; il y a donc lieu d'appliquer l'article 2262. C'est une prescription extinctive, plutôt qu'acquisitive, elle a pour objet de libérer l'immeuble d'une charge que le propriétaire y a imposée; or, toute charge réelle s'éteint par la prescription de trente ans. Il en serait ainsi quand même le créancier aurait conservé son action personnelle en interrompant la prescription, car cette interruption est étrangère au tiers détenteur. On objecte l'article 2250, aux termes duquel l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution. Nous avons répondu d'avance à l'objection, en disant que le tiers qui hypothèque son

(1) Mourlon, t. III, p. 681, nos 1673 et 1674. Pont, t. II, p. 558, no 1254

immeuble pour la dette du débiteur n'est pas une caution; on ne peut donc pas lui opposer l'article 2250 (1).

N° 3. DE LA SUSPENSION ET DE L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION.

392. Quand la prescription commence-t-elle à courir au profit du tiers détenteur? La loi ne répond pas à la question; c'est dire qu'il faut appliquer le droit commun. M. Lelièvre, dans son rapport à la chambre, en fait la remarque: « La prescription, dit-il, prend cours à partir de l'époque à laquelle le tiers détenteur a pris possession de l'immeuble. La prescription de l'hypothèque est mise sur la même ligne que celle de la propriété. » Sous l'empire du code civil, le tiers détenteur pouvait invoquer deux prescriptions : l'usucapion fondée sur un titre et la prescription trentenaire sans titre. L'article 2180 portait que, « dans le cas où la prescription supposait un titre, elle ne commençait à courir que du jour où il avait été transcrit sur les registres du conservateur ». D'après la loi belge, il n'y a plus lieu à l'usucapion de dix ans; la conséquence en est, dit le rapporteur, que la prescription trentenaire indépendante d'un titre ne saurait être subordonnée à la transcription. Le tiers détenteur qui possède un immeuble pendant trente ans en prescrit la propriété; or, la prescription de l'hypothèque est aussi la prescription trentenaire; donc une possession de trente ans suffit, et elle court à partir du moment où le tiers détenteur possède (2). Toutefois, quoique la prescription soit la même, il ne faut pas perdre de vue que si le tiers détenteur est dans le cas de devoir prescrire la propriété, il a deux prescriptions à accomplir, indépendantes l'une de l'autre. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 390).

393. Il y a des causes qui suspendent la prescription: le créancier hypothécaire peut-il s'en prévaloir contre le tiers détenteur? L'affirmative n'est pas douteuse quand il s'agit de causes personnelles. Telles sont la minorité et l'in-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 494, et note 16, § 293

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 156).

terdiction. Quant à la femme mariée, le code distingue : la prescription ne court pas entre époux, mais elle court contre la femme au profit des tiers. Toutefois il y a des cas où la prescription est suspendue pendant le mariage : tel est le cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari (art. 2252, 2254, 2256). Il a été jugé à plusieurs reprises que cette disposition peut être invoquée par la femme créancière contre le tiers détenteur; ce qui n'est point douteux, puisque c'est l'application du droit commun (1).

394. L'article 2257 consacre une autre cause de suspension de la prescription : elle ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive, ni à l'égard d'une créance à terme jusqu'à ce que le terme soit échu. Cette disposition reçoit-elle son application à la prescription de l'hypothèque? La question est très-controversée. Nous y reviendrons, au titre de la *Prescription*. Pour le moment, nous constaterons l'état de la jurisprudence et de la doctrine. La cour de cassation décide que l'article 2257 est applicable, par la raison que cet article ne fait que consacrer un principe de droit commun. Qu'est-ce que la prescription? C'est l'extinction de l'action; or, c'est une règle traditionnelle que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir; donc elle doit être suspendue dans les cas prévus par l'article 2257, car le créancier dont le droit est suspendu par une condition ne peut pas poursuivre le débiteur; et celui qui a un terme ne devant rien, le créancier n'a pas d'action contre lui jusqu'à ce que le terme soit échu (2). Dans notre opinion, l'article 2257 ne consacre pas l'adage traditionnel : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. C'est ce que nous établirons au titre qui est le siége de la matière.

Les auteurs se prononcent généralement pour cette dernière opinion; ils se fondent sur le texte même de l'arti-

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 2541, 1o et 2o, et 2543 3o. Rejet, 27 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 52).
(2) Cassation, 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 1, 255). Rejet, 16 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 54).

cle 2257. La loi n'est pas générale, elle ne parle pas de la prescription de tout *droit*, elle parle de la prescription des *créances*; donc on ne peut pas l'appliquer aux *droits réels*, tels que l'hypothèque, lorsque ces droits seuls sont en cause. Quand le tiers détenteur invoque la prescription de l'obligation principale, l'article 2257 est applicable, puisque la prescription s'accomplit contre le créancier. Mais la prescription trentenaire court contre le créancier hypothécaire, car elle éteint un droit réel; partant, on est hors du texte de la loi, et il faut appliquer la disposition restrictive de l'article 2251, aux termes duquel la prescription n'est suspendue que dans les cas prévus par la loi (1). Nous partageons cette opinion, mais pour d'autres motifs, que nous exposerons au titre qui est le siége de la matière.

393. Quant à l'interruption de la prescription, il n'y a aucun doute, elle reste soumise au droit commun en ce qui concerne la prescription de l'hypothèque. Nous avons dit que le tiers détenteur peut se prévaloir de la prescription de l'obligation principale (n° 387); il invoque, dans ce cas, l'extinction de la dette, et, par voie de conséquence, l'extinction de l'hypothèque qui en résulte. De là suit que le créancier auquel il oppose la prescription de son action personnelle peut, de son côté, lui opposer l'interruption de la prescription, et cette interruption est celle du droit commun : telle serait la reconnaissance de la dette par le débiteur. Cela a été jugé ainsi, et la chose n'est pas douteuse (2).

Le tiers détenteur peut aussi invoquer la prescription de l'hypothèque que la loi a maintenue en sa faveur, celle de trente ans. Dans ce cas, la prescription de l'hypothèque est indépendante de la prescription de l'obligation principale, et, par conséquent, le créancier hypothécaire ne pourrait pas opposer au tiers détenteur les actes par lesquels il a interrompu la prescription de l'obligation personnelle. Le créancier a deux droits à conserver (n° 386); il doit avoir soin d'interrompre la prescription de l'action principale et

(1) Pont, t. II, p. 559, n° 1255, et les autorités qu'il cite. Martou défend très-bien cette opinion (t. IV, p. 33, n° 1353).

(2) Agen, 7 septembre 1857 (Pont, t. II, p. 557, n° 1253).

la prescription de l'action hypothécaire ; vainement conserverait-il son droit contre le débiteur s'il laisse s'éteindre son droit contre le tiers détenteur ; il pourra, à la vérité, agir par l'action personnelle, mais il ne pourra plus intenter l'action hypothécaire (1).

396. Quels sont les actes par lesquels le créancier hypothécaire peut interrompre la prescription contre le tiers détenteur ? Le principe est toujours le même : on applique le droit commun. L'application soulève de nombreuses contestations. La prescription trentenaire que le tiers détenteur invoque est une prescription acquisitive : il prescrit le droit hypothécaire, et sa prescription est basée sur la possession. De là suit que l'acte interruptif de la prescription doit troubler le tiers détenteur dans sa possession. Il a été jugé que la sommation faite à l'adjudicataire, tiers détenteur, de procéder à l'ouverture de l'ordre interrompt contre lui la prescription de l'hypothèque ; l'exercice du droit hypothécaire contre le tiers détenteur ne permet plus à celui-ci de se dire propriétaire absolu, affranchi de toute charge réelle. Il prescrivait le droit hypothécaire ; on l'exerce contre lui, sa possession de propriétaire absolu est troublée, donc il y a interruption. Il a encore été jugé qu'il y avait interruption de la prescription quand le créancier signifie à l'acquéreur une réquisition d'ouverture d'ordre, avec la déclaration que les opérations de l'ordre seront poursuivies et avec sommation au tiers détenteur de faire valoir ses droits audit ordre. Le tiers, ainsi menacé et interpellé, n'est plus un propriétaire libre, c'est un possesseur qui prescrivait le droit hypothécaire, et c'est ce droit que le créancier revendique contre lui (2).

397. L'article 2244 porte qu'une citation en justice ou un *commandement*, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile. On demande s'il en est de même de la sommation de payer ou de délaisser, qui est le premier acte dirigé par les créanciers hypothé-

(1) Bordeaux, 11 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 52), et les autorités citées par Pont, t. II, p. 558, n° 1253.

(2) Grenoble, 2 juin 1831 ; Riom, 2 janvier 1858 (Pont, t. II, p. 561, n° 1258).

caires contre le tiers détenteur. Il y a un motif de douter, c'est que la sommation ne se fait point dans les formes du commandement. Néanmoins la cour de cassation a décidé que cette sommation interrompt la prescription. Quoiqu'elle ne soit pas assujettie à la forme particulière du commandement, la sommation n'en a pas moins, à l'égard du tiers détenteur auquel elle est signifiée, le but et les effets du commandement, puisque c'est à partir de cette sommation que court le délai accordé au nouveau propriétaire par l'article 2183 (loi hyp., art. 110) pour purger les hypothèques, et c'est à partir de cet acte qu'il doit tenir compte des fruits de l'immeuble hypothéqué (art. 104; code civil, art. 2176). La cour en conclut que ladite sommation trouble évidemment la possession du tiers détenteur, et interrompt contre lui la prescription du droit d'hypothèque (1).

398. Dans l'ancien droit il existait une action particulière, sous le nom d'*action en déclaration d'hypothèque*, que le créancier devait former contre le tiers détenteur, afin de faire connaître à celui-ci la charge occulte qui grevait son héritage et avant de procéder à l'expropriation. Cette action, comme telle, n'a plus de raison d'être dans notre droit moderne fondé sur le principe de publicité. Mais la loi ne défend pas au créancier hypothécaire d'interrompre la prescription en intentant une action en déclaration d'hypothèque; c'est, à vrai dire, la citation en justice que l'article 2244 place en première ligne parmi les actes qui constituent l'interruption civile. Cela a été jugé ainsi par la cour de Caen (2), et la solution n'est point douteuse. Mais pourrait-on encore mettre les frais de cette action à charge du défendeur, comme l'a fait la cour? Elle dit que les frais de la déclaration d'hypothèque ne peuvent être à la charge du créancier, puisqu'elle est rendue nécessaire par un fait qui lui est absolument étranger, l'acte d'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Sous l'empire du code civil, cela est très-vrai; mais notre loi donne au créancier un moyen plus simple et moins coûteux d'interrompre la

(1) Rejet, 27 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 52).
(2) Caen, 23 mars 1847 (Dalloz, 1849, 2, 52).

prescription, c'est de demander au tiers détenteur un titre récognitif que celui-ci est tenu de fournir et de renouveler à ses frais; dès lors une action judiciaire devient inutile et, partant, frustratoire.

399. Aux termes de l'article 108, le tiers détenteur peut être contraint de fournir à ses frais un titre récognitif de l'hypothèque, à dater de la transcription de son acquisition. La loi ajoute que vingt-huit ans après la date de ce titre, il est tenu de le renouveler, s'il possède encore l'immeuble hypothéqué. Et s'il ne le possède plus, c'est le nouvel acquéreur qui sera tenu de fournir un titre récognitif. La loi hypothécaire a étendu aux créanciers la disposition que le code Napoléon avait introduite en faveur du crédirentier. Le débiteur de la rente pouvait être contraint de fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants cause (art. 2260). Comme le créancier hypothécaire n'a pas de titre contre le tiers détenteur, celui-ci doit commencer par lui en fournir un, sauf à le renouveler après vingt-huit ans. Le nom que la loi donne à ce titre en marque le but. C'est un titre récognitif, c'est-à-dire un acte par lequel le tiers détenteur reconnaît l'existence de l'hypothèque; or, la prescription est interrompue par la reconnaissance que le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait (art. 2248). La loi a donné au créancier hypothécaire ce moyen facile d'interrompre la prescription de l'action hypothécaire, afin de lui permettre de conserver son droit sans recourir à une action judiciaire qu'il n'a aucun intérêt à former. Il se trouve dans une position analogue à celle du crédirentier; le droit de celui-ci menace de périr, quoique le débiteur paye exactement les arrérages, parce que les quittances qui prouvent le payement sont dans les mains du débiteur qui pourrait les nier pour invoquer la prescription. La position du créancier hypothécaire est encore plus dangereuse; il n'a aucun rapport avec le tiers détenteur, il n'agit contre lui que lorsque le débiteur principal ne satisfait pas à ses obligations; tant qu'il les remplit, il ne peut pas songer à poursuivre le tiers détenteur, et vainement prouverait-il que le débiteur paye les intérêts ou les arrérages, cela n'empê-

cherait pas le tiers détenteur de prescrire contre lui. C'est pour venir à son aide que la loi lui permet de contraindre le tiers détenteur à interrompre lui-même la prescription en fournissant une reconnaissance de la dette.

Le titre récognitif peut être exigé après la transcription de l'acte par lequel le tiers détenteur a acquis la propriété de l'immeuble hypothéqué. Avant la transcription, le créancier hypothécaire n'a aucun intérêt à exiger un titre récognitif, puisque le tiers détenteur ne peut pas prescrire tant qu'il n'a pas transmis son titre. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la *Prescription*. Quant au titre nouvel, il peut être exigé vingt-huit ans après la date du titre récognitif. C'est par erreur que l'on a dit que les vingt-huit ans couraient à partir du titre d'acquisition du tiers détenteur; la loi ne parle pas de ce titre (1).

La loi dit que le titre récognitif doit être fourni aux frais du tiers détenteur. A la vérité, ce titre est donné dans l'intérêt du créancier et contre le tiers détenteur, de sorte qu'il paraît singulier de faire supporter à celui-ci les frais d'un titre qui témoigne contre lui. Mais il y a une raison déterminante pour ne pas mettre ces frais à charge du créancier hypothécaire. S'il a besoin d'un titre récognitif, c'est par suite de l'aliénation de l'immeuble; or, ce fait lui est étranger et il serait injuste de lui en faire supporter la conséquence. Les frais devaient donc être imposés au tiers détenteur, sauf à lui à stipuler dans son contrat d'acquisition, s'il est à titre onéreux, qu'il pourra les répéter contre son auteur. La loi ne dit pas que le tiers détenteur doit fournir à ses frais le titre nouvel; mais la décision doit être la même, puisqu'il y a même motif de décider.

400. La notification du contrat d'acquisition que le tiers détenteur fait aux créanciers inscrits est-elle une reconnaissance de leur droit et interrompt-elle la prescription? On l'a soutenu, mais la jurisprudence s'est prononcée avec raison pour l'opinion contraire (2). Le tiers

(1) Leliévre, Rapport (Parent, p. 156). Martou, t. IV, p. 38, nos 1354 et 1355.

(2) Cassation, 6 mai 1840 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2523, et les autres arrêts qui y sont cités). Martou, t. IV, p. 42, n° 1365. En sens contraire, Grenier et Troplong.

détenteur qui veut purger doit faire la notification de son contrat à tous les créanciers inscrits et leur offrir de payer son prix entre leurs mains; il n'a pas le droit, lors de ces notifications, de contester leurs créances; mais par cela seul que c'est un acte commandé par la loi, il n'implique aucune intention de la part des tiers acquéreurs de reconnaître l'existence des créances inscrites; et comment y aurait-il une renonciation à une prescription qui a commencé à courir, sans qu'il y ait une volonté de renoncer? Inutile d'insister.

401. L'article 108, de même que l'article 2180 du code civil, disent que les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur. M. Lelièvre en dit la raison dans son rapport. L'inscription sur les registres du conservateur n'est pas un acte qui touche directement le débiteur et le tiers détenteur; or, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, la prescription n'est interrompue que par des actes faits contre le tiers détenteur d'une manière directe, tels que citation en justice, commandement ou sommation, ou par des actes émanés de celui contre lequel on prescrit, tels que les actes récognitifs. L'inscription ne pouvait donc être assimilée à un acte interruptif. Il faut ajouter que si l'inscription interrompait la prescription, l'action hypothécaire ne serait jamais prescrite. En effet, l'hypothèque doit être inscrite pour que le créancier puisse exercer son droit de suite contre le tiers détenteur, et l'inscription doit être renouvelée. Pour qu'il puisse y avoir une action hypothécaire, il faut donc qu'il y ait une inscription; si l'inscription interrompait la prescription, celle-ci serait toujours interrompue, et partant, il n'y aurait pas de prescription.

402. Quel est l'effet de l'interruption de la prescription contre le tiers acquéreur? Celui-ci ne pourra pas se prévaloir du temps pendant lequel il avait commencé à prescrire. C'est le droit commun, que nous exposerons au titre de la *Prescription*. On demande si le tiers détenteur pourra, dans ce cas, invoquer la prescription qui aura couru en faveur du débiteur personnel. L'affirmative est certaine.

C'est la conséquence des principes que nous avons établis. Quand l'immeuble est dans les mains d'un tiers détenteur, le créancier a deux droits à conserver, l'action personnelle et l'action hypothécaire. S'il interrompt la prescription de l'action hypothécaire sans interrompre la prescription de l'action principale, qu'arrivera-t-il? Son droit sera prescrit et la prescription de la créance entraînera l'extinction de l'hypothèque. Vainement le créancier se prévaudrait-il des actes par lesquels il a interrompu la prescription de l'action hypothécaire; cette interruption est étrangère au débiteur; celui-ci aura continué à prescrire, et s'il a accompli la prescription, la dette principale sera éteinte, et, par suite, l'hypothèque, qui ne peut pas exister sans dette principale (1).

VII. *Résolution des droits du constituant.*

403. Quand l'hypothèque est consentie par un propriétaire dont les droits étaient sujets à résolution, l'hypothèque est aussi résoluble. On considère, en général, cette résolution comme une cause d'extinction de l'hypothèque. Cela n'est pas exact, quand il y a résolution proprement dite; en effet, si la propriété est résolue, le constituant n'a jamais été propriétaire, puisque la condition résolutoire, quand elle s'accomplit, remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé (art. 1183); donc l'hypothèque aussi n'a jamais existé; tandis que l'extinction de l'hypothèque implique qu'elle a eu une existence juridique et qu'elle cesse d'exister (2).

Le cas de l'extinction peut se présenter quand le droit du propriétaire était sujet à révocation. En général la révocation rétroagit, et alors on applique les principes qui régissent la résolution. Par exception, il y a des révocations qui ne rétroagissent point. Telle est la révocation des donations pour cause d'ingratitude; les hypothèques con-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 490, et note 13, § 292.
(2) Duranton, t. XX, p. 579, nos 339 et 340. Martou, t. IV, p. 43, no 1367.

senties par le donataire avant l'inscription de l'action en révocation subsistent; celles qui sont consenties postérieurement sont révoquées (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (t. XIII, nos 37-40).

On peut rapporter à la même cause l'extinction de l'hypothèque qui résulte du partage quand l'immeuble hypothéqué par l'un des cohéritiers est mis au lot d'un autre héritier. Le premier est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble; par suite, les droits qu'il a consentis sur l'immeuble viennent à tomber. C'est la conséquence du principe établi par l'article 883, que le partage est déclaratif de propriété. Le principe s'applique non-seulement à l'hypothèque conventionnelle, mais aussi à l'hypothèque légale. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation, et il n'y a aucun doute (2).

§ VIII. *Consolidation.*

404. Quand le créancier hypothécaire acquiert la propriété de l'immeuble hypothéqué, n'importe à quel titre, l'hypothèque s'éteint, parce que, devenu propriétaire, il ne peut plus avoir sur l'immeuble dont il a la toute propriété une hypothèque qui est un démembrement de la propriété. La loi ne le dit pas, mais elle le suppose; aux termes de l'article 105 (code civil, art. 2177), les droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession *renaissent* après l'adjudication faite sur lui; ils *renaissent* en ce sens qu'ils étaient éteints, et l'extinction a sa raison d'être dans la consolidation, c'est-à-dire dans l'acquisition que fait de la pleine propriété celui qui avait sur la chose un démembrement du droit de propriété. C'est la confusion de deux droits qui ne peuvent pas coexister dans les mêmes mains; on l'appelle consolidation quand il s'agit de droits réels, tandis que le mot de *confusion* n'est employé qu'en matière d'obligations.

405. Pour que la consolidation éteigne l'hypothèque,

(1) Duranton, t. XX, p. 580, n° 341.
(2) Rejet, 12 mai 1875 (Dalloz, 1876, 1, 504).

il faut qu'elle soit définitive. Si l'acquisition qui a entraîné l'extinction de l'hypothèque par consolidation est rescindée ou résolue, la confusion des qualités de propriétaire et de créancier hypothécaire dans les mêmes mains est censée n'avoir jamais eu lieu. Il en serait de même si le contrat d'acquisition était révoqué en vertu d'une cause qui rétroagit. Sur ces points, tout le monde est d'accord. Mais que faut-il décider si le propriétaire est privé de sa propriété par une cause qui ne rétroagit point? On enseigne que, dans ce cas, l'effet de la consolidation subsiste et que, par conséquent, l'hypothèque reste éteinte. A notre avis, il faut appliquer les principes qui régissent la confusion; nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 105 (code civil, art. 2177, n[os] 314-316) (1).

§ IX. *De la perte de la chose.*

N° 1. PRINCIPE.

406. Les priviléges et les hypothèques sont des droits réels, et tout droit réel s'éteint par la perte de la chose qui en est grevée. Notre loi hypothécaire consacre une application de ce principe en matière de priviléges mobiliers. Les priviléges des frais de conservation et du prix de vente s'éteignent quand les objets mobiliers qui en sont affectés deviennent immeubles par destination ou par incorporation. La destruction de la chose, dans ce cas, est civile plutôt que matérielle. A plus forte raison, le privilége ainsi que l'hypothèque s'éteignent-ils quand la chose, mobilière ou immobilière, qui en est grevée vient à être détruite de manière qu'elle n'existe plus.

407. Le principe est d'évidence, mais l'application du principe a soulevé de sérieuses difficultés. On a demandé si l'hypothèque constituée sur une maison s'éteint lorsque la maison est vendue pour être démolie. Il faut distinguer quel est l'objet de la vente. Quand une commune ou un établissement public, tel que les hospices, veulent

(1) Comparez Duranton, t. XX, p. 573, n[os] 333-338.

vendre des terrains bâtis, ils peuvent vendre, soit le terrain avec la construction, ou d'abord le bâtiment, puis le terrain. Si le fonds est vendu tel qu'il se comporte, il ne peut être question de l'extinction de l'hypothèque : l'hypothèque subsiste sur le fonds bâti, et si l'acquéreur démolit pour rebâtir, l'hypothèque frappera la nouvelle construction. Pour qu'il y ait lieu à difficulté, il faut supposer que la vente n'a pour objet que la surface bâtie pour être démolie. Cette vente est mobilière; est-ce à dire que, dès l'instant de la vente et avant la démolition, l'hypothèque sera éteinte sur le bâtiment comme tel? Non; la vente est mobilière entre les parties contractantes, parce que l'acheteur achète la maison pour la démolir, c'est-à-dire des matériaux; mais, à l'égard des tiers, la maison reste ce qu'elle est, immeuble par incorporation, le code dit même par nature (art. 518). Il suit de là que le créancier hypothécaire conserve son hypothèque, il peut exercer son droit de suite sur l'immeuble contre le tiers acquéreur; vainement celui-ci dirait-il qu'il n'est pas tiers détenteur d'un immeuble, qu'il est acheteur des matériaux qui composent l'édifice. Cela est vrai à l'égard du vendeur, mais la vente ne peut être opposée au tiers détenteur qui n'y a point figuré. A son égard, l'acheteur détient la chose qui lui est hypothéquée, donc il peut le poursuivre comme détenteur. La cour de Bruxelles a jugé en ce sens, et elle a consacré une autre conséquence du même principe en ce qui concerne la purge. Puisque l'hypothèque subsiste, l'acquéreur est un tiers détenteur, tenu comme tel, c'est-à-dire que le créancier a le droit de l'exproprier; si le tiers acheteur veut empêcher l'expropriation, il doit ou purger, ou payer, ou, s'il y a lieu, délaisser l'héritage. On objectait, dans l'espèce, que le créancier hypothécaire ne pouvait plus agir contre le tiers détenteur dès que la maison était démolie, puisque le tiers n'était plus détenteur du fonds hypothéqué et que les objets mobiliers provenant de la démolition n'étaient pas le gage du créancier hypothécaire. L'objection eût été très-fondée si le créancier hypothécaire avait voulu exproprier les matériaux, mais il s'agissait uniquement de savoir si le créancier avait droit au prix

que le tiers détenteur lui avait offert; et ce droit ne pouvait guère lui être contesté, puisque le prix était la représentation d'une partie de son gage, et le gage était resté immobilier jusqu'au moment où le créancier avait accepté l'offre du tiers acquéreur (1).

408. Il se présente une difficulté plus sérieuse. La chose grevée du privilége ou de l'hypothèque périt; le propriétaire a une action en réparation du dommage, soit contre une compagnie d'assurance, soit contre l'auteur du dommage. On demande si les créanciers privilégiés ou hypothécaires ont un droit sur l'indemnité qui est due au propriétaire. La question, controversée sous l'empire du code civil, a été tranchée par la loi belge; c'est l'objet de l'article 10 que nous allons examiner.

Nº 2. DE L'INDEMNITÉ A LAQUELLE LES CRÉANCIERS ONT DROIT EN CAS DE PERTE DE LA CHOSE.

409. L'article 10 suppose qu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers sont grevés d'un privilége ou d'une hypothèque; ces choses viennent à périr par un incendie ou un autre fléau, contre les risques duquel elles avaient été assurées. On demande si l'indemnité due à l'assuré sera affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires. Sous l'empire du code Napoléon, la question était controversée; l'opinion qui l'emportait dans la jurisprudence et dans la doctrine refusait tout droit de préférence sur l'indemnité aux créanciers privilégiés et hypothécaires. Ils n'avaient de droit, disait-on, que sur l'immeuble ou la chose mobilière affectée à la garantie de leur créance; la chose grevée de la garantie venant à périr, leur droit s'éteignait; l'indemnité due par les compagnies d'assurance était une créance de l'assuré, qui faisait partie de son patrimoine et devenait, par conséquent, le gage de tous ses créanciers. Vainement les créanciers hypothécaires et privilégiés disaient-ils que l'indemnité due à l'assuré tenait lieu du prix et devait leur être attribuée de préfé-

(1) Bruxelles, 3 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 260).

rence aux créanciers chirographaires, puisqu'elle représentait l'immeuble; on répondait que l'indemnité n'était pas un prix, que l'assureur devait l'indemnité à raison de la prime qu'il avait touchée en vertu du contrat d'assurance, et que ce contrat était absolument étranger aux créanciers privilégiés et hypothécaires. En effet, le droit à l'indemnité ne prend naissance qu'au moment où la chose grevée du privilége ou de l'hypothèque n'existe plus et alors que le droit des créanciers sur cette chose est éteint(1). Nous n'entrons pas dans ce débat, puisqu'il est vidé. Tout le monde reconnaissait, sous l'empire du code civil, que le législateur aurait dû subroger l'indemnité à la chose qui formait le gage spécial des créanciers privilégiés et hypothécaires; en théorie, il n'y a aucune raison pour attribuer l'indemnité à la masse chirographaire, tandis qu'il y a de bonnes raisons pour maintenir le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires. Ils avaient traité en vue du droit de préférence que la loi ou la convention leur assurait; régulièrement cette garantie se réalise par la vente de la chose grevée du privilége ou de l'hypothèque; si celle-ci vient à périr, il est de toute justice que le droit de préférence subsiste sur l'indemnité. On peut même invoquer un motif de droit sur lequel on n'a pas assez insisté dans ce débat. Quand une chose déterminée faisant l'objet d'un contrat translatif de propriété vient à périr par un accident, le créancier devenu propriétaire en vertu du contrat a droit à toutes les actions en indemnité qui appartenaient à son auteur et qui lui sont transmises avec la chose (art. 1303, et tome XVIII, n° 511). Or, le créancier hypothécaire est un propriétaire, il a droit à un démembrement de la propriété; si la chose vient à périr, l'indemnité due par l'assureur lui appartient dans la mesure de son droit réel. Ce n'est pas une subrogation, comme on l'a dit, c'est une dépendance de la propriété (2).

(1) Voyez les autorités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, n°s 84 et 70. Martou, t. I, p. 263, n° 261. Liége, 24 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 315). La jurisprudence française est dans ce sens. Rejet, 20 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 68); et 31 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 423). Nous modifions en ce sens l'opinion émise au t. XVIII, n° 512.

(2) Comparez les travaux préparatoires et Martou, t. I, p. 264, n° 262.

410. L'article 10 ajoute une réserve ou une condition au droit qu'il accorde aux créanciers privilégiés et hypothécaires : « Si la somme due par l'assureur n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré. » Comment faut-il entendre cette disposition? Elle présente une difficulté de principe. On demande si les compagnies d'assurance ont le droit d'employer l'indemnité à la réparation des objets assurés. D'ordinaire elles stipulent qu'elles auront l'option de réparer la chose ou de payer l'indemnité; dans ce cas, il n'y a aucun doute, puisque l'assureur a un droit conventionnel. Est-ce là le seul cas que le législateur ait eu en vue? On l'a prétendu; mais la réserve ainsi interprétée n'a plus de sens. En effet, si l'assureur use de la faculté que la convention lui donne de réparer la chose, il n'est plus débiteur de l'indemnité; et il était certes inutile de dire que l'indemnité ne sera pas affectée au payement des créanciers dans le cas où aucune indemnité n'est due à leur débiteur. Pour que la réserve ait un sens, il faut supposer qu'aucune stipulation n'a été faite relativement à la réparation des objets assurés, et que, dans le silence de la convention, l'assureur a néanmoins le droit d'appliquer l'indemnité à la réparation; ce qui revient à dire que le droit de réparer appartient à l'assureur en vertu de la loi. Cela se comprend : la réparation donne satisfaction aux droits du propriétaire et de ses créanciers, en même temps qu'elle accomplit l'obligation contractée par l'assureur. En effet, à quoi celui-ci s'oblige-t-il? A indemniser l'assuré du dommage que le sinistre lui a causé; or, il l'indemnise en réparant la chose, en la rétablissant dans l'état où elle était avant le sinistre; les créanciers, de leur côté, n'ont plus rien à réclamer, puisque leur garantie reste ce qu'elle était. Tous les intérêts sont satisfaits. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la réparation se fasse de manière à restaurer la chose dans son état primitif; la loi aurait donc dû donner aux parties intéressées, à l'assuré et à ses créanciers, le droit d'intervenir; c'eût été une garantie, en même temps qu'un moyen de prévenir toute contestation(1).

(1) Martou, t. I, p. 264, n° 263. En sens contraire, Cloes, t. I, p. 152, n°s 267 et 268.

411. La loi dit que l'indemnité due par les compagnies d'assurance est distribuée entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires. Elle ne distingue pas par qui les objets ont été assurés. On demande qui a le droit, ou l'obligation, s'il y a lieu, d'assurer la chose? Nous avons déjà rencontré la difficulté dans le cas où la chose est grevée d'usufruit; ce que nous avons dit de l'usufruitier s'applique, par identité de motifs, à l'emphytéote et au superficiaire (t. VI, nº 530). Que faut-il dire des créanciers privilégiés et hypothécaires? Il ne peut pas s'agir d'une obligation des créanciers d'assurer la chose, car ils ne la possèdent pas et ils ne sont pas tenus de la conserver. Il est même douteux qu'ils en aient le droit; la question est controversée. A notre avis, les créanciers privilégiés et hypothécaires ne peuvent assurer que ce qui leur appartient, c'est-à-dire le démembrement de la propriété qu'ils ont stipulé ou que la loi leur accorde; la propriété étant démembrée, tous ceux qui ont une fraction de la propriété ont par cela même la faculté de l'assurer. Chaque créancier peut donc assurer la chose dans les limites de son droit, mais ils ne peuvent pas aller au delà et assurer la toute propriété de la chose, ils n'y ont ni droit ni intérêt. Nous disons qu'ils sont sans droit. Ils ne peuvent pas invoquer de mandat, comme on l'a fait pour l'usufruitier, puisqu'ils ne sont pas possesseurs. On a prétendu qu'ils avaient qualité d'agir comme gérants d'affaires. C'est abuser du quasi-contrat de gestion; il suppose un propriétaire qui n'est point sur les lieux et qui ne peut pas veiller à ses intérêts; or, dans l'espèce, le propriétaire exerce son droit, il sait qu'il a une propriété à conserver, des objets à assurer; s'il ne les assure pas, c'est qu'il ne veut pas le faire; or, quand le maître agit ou refuse d'agir, un tiers ne peut pas gérer pour lui et malgré lui. La gestion d'affaires implique que le gérant fait ce que le maître aurait fait; si le maître a manifesté l'intention de ne rien faire, le prétendu gérant est sans qualité aucune (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassa-

(1) Voyez les autorités citées dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, nº 81. Il faut ajouter Martou, t. I, p. 268, nº 264.

tion. L'arrêt attaqué que la cour a confirmé est assez singulièrement rédigé. Rien ne répugne, dit la cour de Colmar, à ce qu'un créancier, qui peut n'avoir prêté ses fonds que pour obliger son débiteur, prenne sur lui l'administration d'un intérêt devenu *commun*, le *gère* pour le mieux, *sans la participation* et même *à l'insu* du propriétaire, en se constituant ainsi son *mandataire*. Est-ce qu'il appartient au créancier de se constituer *mandataire* de son débiteur, à son insu? Le mandat est un contrat, et ne se conçoit pas sans un concours de volontés. Ce que la cour appelle un mandat ne pourrait être qu'une gestion d'affaires. La cour de cassation l'a interprété ainsi, mais la décision de la cour ne répond pas aux objections que l'on peut faire contre la théorie du quasi-contrat aussi bien que contre celle du contrat. La chambre des requêtes commence par dire qu'un créancier a incontestablement le droit de veiller à la sûreté de sa créance et de faire tous les actes conservatoires pour en assurer le payement. Sans doute. La cour aurait dû ajouter que le créancier hypothécaire a le droit d'assurer l'immeuble, parce qu'il a un démembrement de la propriété; mais il n'a ce droit que dans la limite de la propriété démembrée qui lui appartient; car, sous le prétexte d'actes conservatoires, un créancier ne peut pas faire des actes de propriété. En fait, le créancier avait assuré, non son droit hypothécaire, mais le fonds hypothéqué lui-même. En avait-il le droit? La cour répond que le créancier, en agissant ainsi, avait pourvu tout ensemble à son propre intérêt et à celui des propriétaires; que, par suite, il y avait gestion d'affaires (1). Ici est la difficulté; la cour la tranche par une affirmation. Suffit-il d'agir dans l'intérêt d'un tiers pour qu'il y ait gestion d'affaires? Non, certes. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre des *Quasi-contrats* (t. XX, nº 320).

412. L'indemnité est affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. Ce sont les termes de l'article 10. Il s'applique sans

(1) Rejet, 29 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, nº 82).

difficulté lorsque les créanciers sont hypothécaires. Quand il y a une distribution à faire entre eux, d'après le rang que l'inscription leur assigne, on ouvre un ordre amiable ou judiciaire conformément à la loi du 15 août 1854 (art. 112, suiv.). Mais comment procédera-t-on s'il s'agit de priviléges mobiliers? L'article 10 les mentionne spécialement, mais il ne prescrit aucune règle sur la distribution; avant de distribuer l'indemnité, l'assureur doit connaître les créanciers; or, les priviléges mobiliers ne sont pas rendus publics par la voie de l'inscription. Dans le silence de la loi, que fera l'assureur? Il faut nécessairement que les créanciers privilégiés se fassent connaître. Dans quelle forme? La voie de l'opposition serait la plus efficace. On objecte que la loi ne prescrit aucune forme, ce qui est vrai. Il y a lacune. Toujours est-il que, si les créanciers ne font aucune notification à l'assureur, celui-ci pourra et devra même payer l'indemnité à l'assuré (1).

413. Le principe de l'article 10 ne s'applique pas seulement à l'indemnité qui est due en cas d'assurance; aux termes du § 2, il en est de même de toute indemnité qui serait due par un tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilége ou d'hypothèque. Une indemnité peut être due au propriétaire en vertu des articles 1382 et 1383, qui déclarent toute personne responsable du dommage qu'elle cause par son fait, son imprudence et sa négligence. L'article 1386 contient une application de la règle : le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage qu'il cause par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Il peut aussi y avoir responsabilité contractuelle : telle est celle des architectes et entrepreneurs de l'édifice construit à prix fait, si le bâtiment périt dans les dix ans par un vice de construction ou par un vice du sol (2). Quelle que soit la cause de l'indemnité, dès qu'elle est due pour destruction totale ou partielle de la chose grevée d'un privilége ou d'une hypothèque, cette in-

(1) Cloes, t. I, p. 156, nº 278; Casier, nº 120. Comparez Martou, t. I, p. 273, nº 274.

(2) Martou, t. I, p. 275, nº 276.

demnité sera répartie entre les créanciers. La raison de décider est la même.

Voici une espèce remarquable qui s'est présentée récemment devant la cour de cassation de France. Une usine sise à Saint-Denis fut détruite, en août 1870, pour les besoins de la défense nationale. En 1874, une indemnité de 200,000 francs fut accordée au propriétaire. Les créanciers hypothécaires prétendirent exercer leurs droits sur cette somme. Il n'existe pas dans la législation française une disposition analogue à l'article 10. Les demandeurs invoquaient les lois spéciales qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique. La cour de Paris et, sur pourvoi, la cour de cassation ont jugé, ce qui est évident, qu'il n'y avait pas d'expropriation et que, par suite, l'indemnité appartenait à la masse chirographaire (1). D'après l'article 10, elle aurait été allouée aux créanciers hypothécaires.

CHAPITRE IX.

DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

SECTION I. — Notions générales.

§ Ier. *Objet de la purge.*

414. L'intitulé du chapitre indique l'objet de ce qu'on appelle la purge : c'est un moyen d'effacer les priviléges et hypothèques qui grèvent un immeuble, ou, comme le dit l'article 108 (code civil, art. 2180), les priviléges et hypothèques s'éteignent par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis. On a contesté que l'effet de la purge soit d'éteindre les priviléges et hypothèques. Des auteurs très-exacts disent que la faculté de purger est un

(1) Rejet, 12 mars 1877 (Dalloz, 1877, 1, 97).

bénéfice légal, en vertu duquel le tiers détenteur d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques inscrits peut prévenir ou arrêter les poursuites auxquelles l'exposerait l'exercice du droit hypothécaire. D'autres disent que la purge éteint seulement le droit de suite et laisse subsister le droit de préférence. C'est, au fond, une dispute de mots. Martou dit très-bien que l'on aurait évité cette discussion si l'on avait fait attention au texte de la loi; elle n'attache pas l'extinction des priviléges et hypothèques à l'accomplissement des *formalités* de la purge, elle y ajoute les *conditions*; or, parmi ces conditions figure le payement du prix aux créanciers, ou la consignation qui en tient lieu. C'est le payement qui termine la procédure; et le payement éteint non-seulement les hypothèques des créanciers qui sont désintéressés, les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile sont également rayées (art. 116; code civil, art. 2186). Il faut donc maintenir le principe tel qu'il est formulé par le code et la loi belge, et dire que la purge éteint les priviléges et hypothèques et libère l'immeuble qui en était grevé (1). D'après notre loi, la purge efface de plus l'action résolutoire qui appartient à certains créanciers privilégiés, notamment au vendeur. On peut donc dire que la purge libère entièrement le tiers détenteur de toutes les charges hypothécaires qui le grevaient et le met à l'abri de toute éviction.

415. L'utilité, pour mieux dire, la nécessité de la purge est incontestable. Quand un immeuble est grevé d'inscriptions au delà de sa valeur, la purge est le seul moyen qui en rende l'aliénation possible. Si l'acquéreur ne pouvait pas le purger des priviléges et hypothèques qui le grèvent, il n'achèterait pas. Quelle serait, en effet, la suite inévitable de son acquisition? L'expropriation forcée. J'achète pour 40,000 francs un immeuble grevé de charges hypothécaires qui s'élèvent à 60,000 francs. Les créanciers me poursuivent. Que ferai-je? La loi me donne le droit de payer les créances inscrites ou de délaisser. Payer, je ne

(1) Martou, t. IV, p. 24, nº 1343. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 497, § 293 *bis*; Pont, t. II, p. 549, nº 1240.

le puis, puisque les dettes excèdent de 20,000 francs mon prix. Délaisser conduit à l'expropriation, aussi bien que si la vente se poursuivait sur moi. Je serai donc exproprié, dans toute hypothèse. Or, on n'achète pas avec la certitude d'être évincé. Ainsi, sans la purge les immeubles grevés au delà de leur valeur ne trouveraient pas d'acheteur, ils seraient de fait hors du commerce.

Supposez que ces immeubles trouvent un acquéreur. Quelle sera la position du tiers détenteur? Menacé d'un jour à l'autre d'être évincé, il ne donnera pas à l'héritage les soins que son entretien et surtout son amélioration exigeraient. L'agriculture en souffrirait, ainsi que la richesse publique. Il est donc d'intérêt général que les immeubles puissent être purgés des charges hypothécaires qui en entravent la circulation et en empêchent l'exploitation.

Cependant la faculté de purger a été critiquée. C'est porter atteinte, dit-on, aux droits des créanciers hypothécaires; ils ont un droit dans la chose, ils l'exercent quand ils le trouvent utile à leurs intérêts. L'acheteur a connaissance de ces droits, il doit les respecter; car, détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèques, il ne peut rien faire qui soit préjudiciable aux créanciers inscrits. Ces objections n'ont jamais trouvé faveur, mais il est bon d'y répondre; si le législateur n'en a tenu aucun compte, les interprètes parfois les écoutent, et elles influent sur la décision des questions de droit. Est-il vrai que la purge déroge au droit des créanciers hypothécaires? L'hypothèque est affectée au payement de leurs créances : c'est une garantie. Comment se réalise-t-elle? Par la vente forcée de l'immeuble et la distribution du prix aux créanciers. Or, la première condition de la purge, c'est que l'acquéreur déclare qu'il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix. Il offre donc aux créanciers ce que ceux-ci obtiendraient par l'exercice de leur droit hypothécaire, et il le leur offre sans qu'ils doivent faire les frais énormes d'une vente forcée. La purge réalise, par conséquent, le droit hypothécaire et en facilite l'exercice, loin de l'entraver. Il n'y aurait violation du droit des créanciers

que s'ils étaient obligés d'accepter le prix que le tiers détenteur leur offre, car ce prix peut être inférieur à la valeur réelle de l'immeuble. La loi a pourvu à l'intérêt des créanciers en leur permettant de requérir la mise de l'immeuble aux enchères : elle sauvegarde par là tous les droits et donne satisfaction à tous les intérêts (1).

416. Quand le tiers acquéreur peut-il, ou doit-il remplir les formalités de la purge? Il faut distinguer si les créanciers hypothécaires intentent des poursuites contre lui, ou s'ils restent dans l'inaction. Si les créanciers n'agissent point, l'acquéreur peut prendre l'initiative : il a intérêt et droit de libérer l'immeuble des charges qui l'affectent, et les créanciers n'ont ni droit ni intérêt à s'y opposer, puisque par la purge ils obtiennent précisément ce qu'ils voulaient avoir, le prix de l'immeuble, qui leur est distribué dans l'ordre de leurs inscriptions. Le code civil ne prescrit aucune condition pour l'exercice du droit de purge, sinon la transcription du titre; notre loi ne mentionne pas même cette condition, elle découle du principe nouveau que la loi belge a consacré pour la transmission des droits réels immobiliers. L'acquéreur ne peut opposer son titre aux tiers qu'après l'avoir fait transcrire; jusque-là c'est le vendeur qui est propriétaire à l'égard des tiers ; par conséquent, il ne saurait être question de purger une propriété qui n'existe pas encore à l'égard des créanciers hypothécaires. Mais dès que l'acheteur a transcrit, il peut purger. Il ne le doit pas, la purge est toujours une faculté, ce n'est pas une obligation. Mais s'il ne remplit pas les formalités que la loi établit pour purger sa propriété, il est assujetti à l'action hypothécaire des créanciers inscrits (art. 97; code civil, art. 2167).

D'après le code civil, l'acquéreur pouvait purger tant qu'il n'était pas poursuivi hypothécairement. La loi belge déroge, sous ce rapport, au droit antérieur, en disposant que le nouveau propriétaire ne peut user de la faculté de purger que sous la condition de faire les notifications pres-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 58). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 157).

crites dans l'année de la transcription du titre d'acquisition (art. 111). C'est un retour à la loi du 11 brumaire an VII, qui fixait un délai beaucoup plus court : l'acquéreur devait faire les notifications dans le mois de la transcription. Pourquoi la loi a-t-elle limité le droit du propriétaire? La disposition du code Napoléon était plus conforme au droit strict de l'acquéreur. Purger est pour lui une faculté; or, il est de l'essence des droits de pure faculté que l'ayant droit en peut user comme il l'entend et quand il le veut. Mais ce droit absolu avait un inconvénient, c'est que l'acquéreur pouvait choisir, pour offrir son prix, un moment où les propriétés étaient dépréciées et où, par conséquent, les créanciers hypothécaires n'auraient pas pu requérir la mise aux enchères; ce qui est une condition essentielle de la purge. La loi ne pouvait pas permettre à l'acquéreur de spéculer aux dépens des créanciers. S'il veut conserver l'immeuble, il devra tôt ou tard purger, puisque payer les dettes, il ne le peut pas, et s'il ne paye pas, il sera exproprié. Tout ce que l'équité exige, c'est que le tiers détenteur ait un délai moral qui lui permette de s'assurer si son intérêt est de garder l'immeuble ; or, une année suffit et au delà pour qu'il ait une connaissance complète de l'héritage et pour qu'il puisse prendre un parti. Voilà encore une disposition qui garantit les droits des créanciers ; ils ont droit à la valeur réelle de l'immeuble, la loi la leur procure en obligeant l'acheteur de leur offrir son prix dans un moment approché de la vente. Il est vrai que l'acheteur a pu choisir, pour faire son acquisition, un moment où les biens-fonds avaient baissé de valeur, mais c'est là une chance que les créanciers courent, et dont ils doivent tenir compte en stipulant une garantie hypothécaire qui reste suffisante, alors même que les propriétés perdraient de leur valeur. Le rapporteur de la chambre ajoute, et avec raison, que l'intérêt public exige que la purge se fasse dans un bref délai, puisque la propriété reste incertaine tant que l'acquéreur n'a pas pris son parti, et cette incertitude entrave toutes les transactions qui concernent l'immeuble (1).

(1) Martou, t. IV, p. 90, n° 1417. Lelièvre, Rapport (Parent, p. 159). Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 60).

417. Si les créanciers hypothécaires poursuivent le tiers acquéreur, il est tenu, dans les trente jours au plus tard à compter de la première sommation qui lui est faite, de faire aux créanciers inscrits les notifications qui sont le préliminaire de la purge. Quelle est cette sommation? Sous l'empire du code civil, il y avait quelque incertitude sur ce point. L'article 2169 (loi hyp., art. 99) portait que les créanciers pouvaient procéder à l'expropriation *trente jours* après commandement fait au débiteur originaire et *sommation* faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser; et l'article 2183 (loi hyp., art. 110) fixait un délai d'*un mois* au tiers détenteur, à partir de la *première sommation,* passé lequel il n'était plus admis à purger. On inférait de cette différence de rédaction qu'il fallait une sommation spéciale pour mettre le tiers détenteur en demeure de remplir les formalités de la purge. C'était très-mal raisonner; le législateur belge a consacré l'opinion contraire, plus généralement suivie. M[e] Lelièvre, le rapporteur de la chambre des représentants, a raison de dire qu'il est *évident* que la *sommation* de l'article 110 est celle de l'article 99; et pour qu'il ne restât pas une ombre de doute, les auteurs de la loi ont mis les deux dispositions en harmonie, en reproduisant dans la dernière le délai de *trente jours* déterminé dans la première (1).

Les mots « à partir de la *première* sommation qui lui est faite » impliquent que si divers créanciers font chacun une sommation au tiers détenteur, le délai de trente jours court à partir de la première; de sorte que la sommation faite par l'un des créanciers profite aux autres. Chaque créancier a un droit individuel, chacun d'eux peut poursuivre le tiers détenteur, et, sur cette poursuite, le tiers détenteur doit prendre son parti : il peut purger, payer ou délaisser. Si le tiers acquéreur reste dans l'inaction, les créanciers peuvent poursuivre sur lui la vente forcée. Nous disons les créanciers; il est inutile que chacun d'eux fasse une nouvelle sommation, ce seraient des frais frustratoires.

(1) Martou, t. IV, p. 35, n° 1411. Aubry et Rau, t. III, p. 512, note 4, 294. Comparez Bruxelles, 6 février 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 344).

L'acquéreur est en demeure en vertu de la sommation qui lui a été faite; s'il n'use d'aucune des facultés que la loi lui donne, c'est qu'il veut se laisser exproprier. Mais la poursuite doit avoir lieu avant que la sommation soit périmée, car la sommation périmée est censée n'avoir pas existé; et sans sommation, il ne saurait y avoir de poursuite en expropriation. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1).

418. La loi dit que le tiers détenteur doit faire les notifications préliminaires à la purge dans les trente jours *au plus tard*. Il suit de là que le délai est de rigueur; et, partant, le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger après l'expiration du délai. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point. Il n'appartiendrait pas aux tribunaux de maintenir le droit de purger, en prorogeant le délai sous un prétexte quelconque; ce serait déroger à la loi, et le juge doit y obéir. La cour de Toulouse avait oublié ce devoir; sa décision est restée isolée, et tous les auteurs la condamnent (2).

419. Qui supporte les frais de la purge? La question est très-controversée; le doute vient de ce qu'il y a lacune dans la loi. En principe, les frais sont à charge de celui à qui ils profitent ou qui les occasionne; c'est pour ce motif que l'article 1593 dispose que les *frais d'actes* et *autres accessoires* à la vente sont à la charge de l'acheteur. Faut-il appliquer cette disposition aux frais de purge? Si l'on tient compte du motif de la loi, il faut dire que les frais de purge ne sont pas des frais de vente, ils sont occasionnés non par la vente, mais par l'existence d'inscriptions qui dépassent la valeur de l'immeuble; or, ce fait est antérieur à la vente. On peut dire encore que la purge a été organisée dans l'intérêt du vendeur plutôt que dans celui de l'acheteur, car, sans la purge, le vendeur ne trouverait pas à aliéner l'immeuble (3). Toutefois il nous paraît difficile de

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 513, notes 5 et 7, § 294, et les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, nos 2074 et 2075, 4°; Caen, 1er décembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 75).

(2) Pont, t. II, p. 584, et notes 2 et 3, n° 1297. Martou, t. IV, p. 86, n° 1413 Aubry et Rau, t. IV, p. 513, note 6, § 294, et les autorités qu'ils citent.

(3) Voyez, en ce sens, Aubry et Rau, t. III, p. 519, note 35, § 294, et les autorités qu'ils citent.

mettre les frais de purge à charge du vendeur, ce serait déroger au texte de l'article 1593; et pour cela il faudrait une loi. Il y a encore un autre motif de douter; l'article 118 (code civil, art. 2188) porte que l'adjudicataire, en cas de mise aux enchères de l'immeuble, est tenu de restituer les frais de purge à l'acquéreur qui a purgé; cela suppose que c'est l'acquéreur qui les paye. Ce n'est qu'une supposition, il est vrai, mais elle vient à l'appui de l'argument que fournit l'article 1593 (1).

420. Le code Napoléon a deux chapitres sur la purge. Dans le chapitre VIII, il est traité de la purge en général; on suppose que les hypothèques sont inscrites. Dans le système du code civil, les hypothèques légales des incapables étaient efficaces, alors même qu'elles n'auraient pas été inscrites; il fallait donc, si le tiers acquéreur voulait purger ces hypothèques, provoquer d'abord leur inscription : tel était le but du chapitre IX. Dans le système de la loi belge, les hypothèques légales sont soumises à la publicité. Dès lors les dispositions du chapitre IX devenaient inutiles.

§ II. *Qui peut purger.*

421. La loi ne permet la purge qu'au tiers détenteur. Et elle suppose que le tiers détenteur est un acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Il faut d'abord être tiers détenteur; l'article 97 (code civil, art. 2167) le dit : « Si le *tiers détenteur* ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par le seul effet des inscriptions, obligé, comme *détenteur*, à toutes les dettes hypothécaires. » Il suit de là que le détenteur qui serait obligé personnellement au payement de la dette ne peut pas user de la faculté de purger. La raison en est très-simple. Quel est le but de la purge et quel en est l'effet?

(1) C'est l'opinion de Duranton, suivi par Troplong, Duvergier, Marcadé; elle est consacrée par plusieurs arrêts (Aubry et Rau, *ibid.*). Il faut ajouter Bruxelles, 11 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 159). Comparez Dalloz, au mot *Vente*, n° 1100.

Le but est d'effacer les hypothèques, lesquelles sont éteintes par le payement du prix ou de la valeur de l'immeuble que l'acquéreur offre aux créanciers inscrits. Ceux-ci peuvent accepter l'offre ou requérir la mise de l'immeuble aux enchères; quel que soit le parti qu'ils prennent, les inscriptions hypothécaires sont rayées, même pour les hypothèques qui ne viennent pas en ordre utile (art. 116; code civil, art. 2186). Il y a donc des créanciers qui perdent leur garantie hypothécaire. Cela se conçoit quand un tiers détenteur purge, n'étant pas débiteur personnel; il n'est tenu qu'à raison de l'immeuble qu'il détient; or, la purge a pour effet de donner aux créanciers la valeur de l'immeuble; dès lors le tiers détenteur est libéré et à l'abri de toute poursuite. Il n'en serait pas de même d'un détenteur tenu personnellement au payement de la dette. Il resterait obligé, comme débiteur, alors même qu'il payerait aux créanciers le prix ou la valeur de l'immeuble hypothéqué, car tout débiteur est tenu indéfiniment; les créanciers hypothécaires conserveraient donc, malgré la purge, le droit de l'exproprier et de faire vendre l'immeuble purgé, puisque cet immeuble est aussi leur gage. C'est dire que la purge n'a point de raison d'être quand le possesseur de l'immeuble est débiteur personnel (1).

Nous avons ajouté que le tiers détenteur doit être un acquéreur ou, comme dit la loi, un *nouveau propriétaire*. Toutes les dispositions de notre chapitre le supposent. L'article 109 (code civil, art. 2182) commence par rappeler que le cédant ne transmet à l'acquéreur l'immeuble dont il lui transporte la propriété, que sous l'affectation des priviléges et hypothèques dont il était chargé. C'est cet acquéreur qui a le droit de purger; la loi l'appelle le *nouveau propriétaire*; s'il veut se garantir contre les poursuites des créanciers hypothécaires, il est tenu de procéder à la purge dans le délai établi par l'article 110 (code civil, art. 2183). L'article 111 est formel : « Le *nouveau propriétaire* ne pourra purger que sous la condition de faire les notifications légales dans l'année de la transcrip-

(1) Martou, t. IV, p. 57, n° 1379. Pont, t. II, p. 570, n° 1271.

tion, du *titre d'acquisition.* » C'est donc le nouvel acquéreur qui a le droit de purger. Puis viennent les conditions de la purge; elles impliquent que la purge est exercée par un *nouveau propriétaire* qui veut libérer sa propriété; il doit son prix, au lieu de le payer à son auteur, il l'offre aux créanciers inscrits. Quand le *nouveau propriétaire* a fait les notifications prescrites, tout créancier peut requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Si les créanciers n'usent pas de cette faculté, le prix ou la valeur de l'immeuble restent fixés à la somme offerte par le nouveau propriétaire, et celui-ci se libère en payant cette somme ou en la consignant. Si les créanciers requièrent que l'immeuble soit mis aux enchères, l'*acquéreur* sera évincé, il a, dans ce cas, un recours en garantie contre le *vendeur*. Il suit de là qu'il ne suffit pas d'être tiers détenteur pour avoir la faculté de purger, il faut de plus que le détenteur soit un nouveau propriétaire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point; car c'est pour favoriser l'aliénation des immeubles hypothéqués au delà de leur valeur que la loi autorise la purge. Nous verrons plus loin une conséquence de ce principe.

422. Du principe qu'il faut être tiers détenteur pour purger, suit que tous ceux qui sont obligés personnellement au payement de la dette ne peuvent pas purger. Qui est tiers détenteur? qui est débiteur personnel? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point (n°s 285-294), en ce qui concerne le délaissement. L'application de ces principes souffre quelques difficultés particulières à la purge. Que les héritiers ne puissent pas purger tant qu'ils sont obligés personnellement, cela n'est pas douteux. Mais que faut-il décider de l'héritier partiel qui a payé sa part dans la dette? A notre avis, il peut purger, car en payant il cesse d'être débiteur personnel; il n'est plus qu'un tiers détenteur, ce qui est décisif. La question est cependant controversée. On prétend que les héritiers sont tenus de l'obligation de maintenir la sûreté hypothécaire promise par le contrat de constitution d'hypothèque; cette obligation, dit-on, est indivisible et passe à tous les héritiers; aucun d'eux ne peut priver le créancier hypothécaire du

bénéfice de son hypothèque, et ce serait l'en priver que de purger l'hypothèque partiellement (1).

Nous n'admettons pas cette théorie de l'indivisibilité. Elle confond l'indivisibilité de l'hypothèque avec l'obligation indivisible; si l'hypothèque est indivisible, c'est uniquement dans l'intérêt du créancier; l'hypothèque par elle-même est divisible. On applique même à faux le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque; elle n'empêche pas la dette de se diviser entre les héritiers; et si un héritier partiel paye sa dette, son obligation est éteinte, il reste tenu hypothécairement, mais seulement comme tout tiers détenteur; or, tout tiers détenteur peut purger en offrant le prix ou la valeur de la chose aux créanciers inscrits; donc l'héritier doit avoir le même droit. Si on le lui dénie, c'est par suite de la fausse idée que nous avons combattue, que la purge serait une atteinte aux droits du créancier (n° 415) : loin de violer le droit hypothécaire, elle le réalise. De quoi se plaindrait le créancier hypothécaire quand un héritier partiel, devenu tiers détenteur, lui offre la valeur de la chose hypothéquée? Il lui offre précisément ce que le créancier peut obtenir en exerçant son droit hypothécaire contre l'héritier. Si l'on recourt à l'esprit de la loi, on arrive à la même conséquence. Pourquoi le législateur a-t-il organisé la procédure de purge? Pour favoriser la libre circulation des biens grevés d'hypothèque au delà de leur valeur. Tout tiers détenteur doit donc avoir le droit de purger, notamment l'héritier partiel qui se trouve dans la position que la loi a prévue; par suite de l'indivisibilité de l'hypothèque, son immeuble est grevé de toute la dette; s'il n'a pas le moyen d'effacer cette hypothèque, l'héritage sera hors du commerce, toutes les transactions immobilières seront entravées, rendues impossibles. Donc l'héritier partiel doit avoir le droit de purger (2).

423. Ce que nous disons des héritiers s'applique à tous successeurs universels; la raison de décider est la même.

(1) Labbé, dans la *Revue critique*, t. VIII, p. 211 et suiv., suivi par Pont, t. II, p. 571, n° 1273, et Aubry et Rau, t. III, p. 506, note 25, § 293 *bis*.
(2) Troplong, t. IV, n° 903 *bis*, et t. III, n° 798.

Il a été jugé que le donataire d'une quotité de biens ne peut purger l'hypothèque qui grève l'un des immeubles à lui donnés. A la différence du donataire à titre particulier, le donataire universel est tenu des dettes ; donc il n'est pas tiers détenteur, et partant, il ne peut pas purger (1).

424. Il y a un détenteur qui est tiers quant à la dette, c'est celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette du débiteur personnel. Cependant les auteurs modernes enseignent qu'il ne peut pas purger. Quoiqu'il ne soit pas personnellement tenu de la dette, dit-on, il a pris un engagement envers le créancier. En effet, donner hypothèque pour la dette d'autrui, c'est s'engager à garantir sur ses biens l'obligation du débiteur, et consentir à ce que la sûreté que l'on donne subisse le sort de l'obligation principale et ne s'éteigne qu'autant que cette obligation sera exécutée. Le principe est très-contestable. Celui qui, sans être débiteur, hypothèque sa chose, ne s'engage à rien du tout, car s'il s'engageait, il serait débiteur personnel, et on avoue qu'il ne l'est pas. La conséquence que l'on déduit du principe nous paraît tout aussi douteuse. Puisque le propriétaire de l'immeuble hypothéqué est engagé, dit-on, il ne peut pas par sa volonté détruire cet engagement ; donc il ne peut pas purger, car purger, c'est anéantir la sûreté hypothécaire qu'il a donnée. Nous avons d'avance répondu à cette objection (2). Non, purger ce n'est pas détruire l'hypothèque, c'est réaliser la garantie hypothécaire en payant au créancier la valeur de la chose hypothéquée, ce qui est bien l'objet que le créancier a eu en vue. Nous renvoyons à ce qui vient d'être dit (n° 422).

Toutefois nous croyons aussi que, dans l'espèce, le tiers détenteur ne peut pas purger, mais pour un autre motif, c'est qu'il a contre lui le texte et l'esprit de la loi. Il ne suffit pas d'être tiers détenteur pour être admis à purger, il faut être nouveau propriétaire (n° 421) ; or, le tiers qui

(1) Nîmes, 11 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2014).

(2) Labbé, *Revue critique*, t. VIII, p. 210, n° 2. Pont, t. II, p. 571, n° 1272. Aubry et Rau, t. III, p. 505, note 24, § 293 *bis*. En sens contraire, Troplong, t. IV, n° 903 *bis*, et t. III, n° 816.

hypothèque son héritage pour la dette du débiteur, n'est pas un *nouveau propriétaire* dans le sens de la loi. Au moment où il a acquis l'immeuble, sa chose n'était pas grevée, elle était libre, c'est lui qui a trouvé bon de la grever ; il ne peut donc pas user de la faculté de dégrever l'immeuble pour le rendre libre, car il ne se trouve pas dans la situation à raison de laquelle le législateur a organisé la purge. On ne peut certes pas dire que l'immeuble par lui acquis aurait été hors du commerce s'il n'avait pas le droit de le purger, car il l'a acquis libre de toute charge hypothécaire; c'est seulement s'il le revend qu'il y aura un *nouveau propriétaire* ayant droit et intérêt à purger son acquisition. Jusque-là on ne se trouve ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi.

425. Il ne faut donc pas dire que tout *tiers détenteur* d'un immeuble grevé d'hypothèque est admis à le purger ; le principe doit être formulé en termes plus restreints : « Tout *acquéreur* d'un immeuble grevé d'une charge hypothécaire a le droit de purge. » Si, lors de l'acquisition, l'immeuble est grevé, l'acquéreur est tout ensemble *nouveau propriétaire* et *tiers détenteur*; partant, il aura la faculté de le purger. Il n'y a pas à distinguer quel est le titre d'acquisition ; qu'il soit gratuit ou onéreux, peu importe, pourvu qu'il ne soumette pas l'acquéreur au payement des dettes. Ainsi les donataires et légataires à titre particulier ont le droit de purger aussi bien que les acheteurs et les échangistes. On pourrait objecter que les acquéreurs à titre gratuit ne se trouvent pas dans la position de l'acheteur; on ne peut pas dire qu'ils n'auraient pas acquis s'ils n'avaient pas joui du droit de purge, mais il reste vrai de dire que, sans le droit de purge, l'acquisition ne leur est pas profitable, pour mieux dire ils n'acquerraient que pour être évincés, ce qui ne s'appelle pas acquérir et devenir propriétaire. Tous les autres motifs d'intérêt privé et d'intérêt public existent pour autoriser la purge. Il n'y a que cette différence que les acquéreurs, ne payant pas de prix, devront offrir aux créanciers inscrits la valeur de l'immeuble; mais qu'importe aux créanciers? Leur garantie reste la même; si la valeur offerte ne leur paraît pas suffisante,

ils ont la faculté de requérir la mise de l'immeuble aux enchères (1).

426. La loi, en parlant du *tiers détenteur* qui purge, se sert toujours de l'expression de *nouveau propriétaire*. Ces deux termes impliquent une même condition, c'est que les formalités de la purge soient remplies par celui qui est propriétaire et qui veut libérer sa propriété. Il ne suffit donc pas d'avoir été propriétaire au moment de l'acquisition, il faut qu'on le soit encore au moment où l'on remplit les formalités de la purge. Cela résulte à l'évidence du motif pour lequel le législateur a organisé ce mode de libérer les immeubles; c'est pour que le possesseur s'attache à la propriété comme plein propriétaire, qu'il la conserve et l'améliore, et qu'il en puisse aussi librement disposer, que la loi l'autorise à l'affranchir de toute charge hypothécaire. Celui qui a été propriétaire et qui ne l'est plus ne se trouve ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi (2).

Cela est d'une telle évidence que l'on ne conçoit pas que la question ait été portée à plusieurs reprises devant les tribunaux, et moins encore que la cour de cassation l'ait décidée en sens contraire. La difficulté, si difficulté il y a, se présente quand l'acquéreur d'un immeuble en revend une portion. Il a certainement le droit de purger la partie de l'immeuble qui lui reste, et nous dirons plus loin que l'acquéreur de l'autre partie a, de son côté, le droit de purge. La cour de cassation est allée plus loin, elle a décidé que le vendeur conservait le droit de purger l'immeuble en totalité. Les motifs que la chambre des requêtes donne à l'appui de sa décision sont étranges. Elle rappelle d'abord le principe que l'hypothèque, de sa nature, est indivisible. Qu'est-ce que l'indivisibilité a à faire dans l'espèce? Nous l'ignorons. Puis la cour dit que le vendeur détenteur d'une partie notable des biens qu'il avait acquis, étant tenu envers son sous-acquéreur de garantir la vente qu'il lui avait faite, avait un intérêt évident à purger les

(1) Martou, t. IV, p. 56, n° 1378. Aubry et Rau, t. III, p. 504, et note 18, § 293 *bis*, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Martou, t. IV, p. 60, n° 1382. Pont, t. II, p. 573, n° 1278.

portions d'immeubles qu'il avait revendues (1). Avant de rechercher l'intérêt que le vendeur pourrait avoir à purger, la cour aurait dû se demander si la purge était légalement possible. Or, quand l'acquéreur revend, qui est *tiers détenteur*, qui est le *nouveau propriétaire* auquel la loi accorde la faculté de purger? C'est le sous-acquéreur. Et de quel droit le vendeur viendrait-il purger des biens qui ne lui appartiennent pas? La purge, dit la cour de Caen, donne des droits, elle impose des obligations, elle expose celui qui purge à être évincé par la surenchère (2). C'est au *nouveau propriétaire* de voir s'il lui convient de courir ces chances; l'ancien propriétaire n'a plus ni qualité, ni même intérêt, dans le sens légal du mot. Nous croyons inutile d'insister; l'arrêt de la cour de cassation est de ceux qui ne formeront pas jurisprudence.

427. Quand le nouveau propriétaire a acquis l'immeuble sous condition résolutoire, il peut purger, car il est propriétaire. Mais quel sera l'effet de la purge? Il y a sur ce point un dissentiment sérieux entre la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence décide que la purge effectuée par l'acquéreur sous condition résolutoire, tel qu'un acheteur avec clause de réméré, a un effet définitif, qui survit à l'exercice de la faculté de rachat; c'est-à-dire que cette purge efface les hypothèques que le vendeur aurait constituées sur la chose, alors même que le vendeur exercerait le pacte de rachat (3). La jurisprudence ne tient aucun compte des principes qui régissent les contrats faits sous condition résolutoire. L'acheteur est sans doute propriétaire, mais il n'est pas propriétaire définitif, puisque sa propriété peut se résoudre, et si elle se résout, bien loin qu'il ait eu la propriété définitive, il est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire : c'est, au contraire, le vendeur qui, dans ce cas, a toujours eu la propriété de la

(1) Rejet, 5 mai 1847 (Dalloz, 1847, 1, 283).

(2) Caen, 21 avril 1841 (Dalloz, 1847, 4, 402). Comparez Angers, 15 avril 1847 (Dalloz, 1847, 2, 96).

(3) Rejet, 14 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 217). Comparez les arrêts des cours d'appel cités par Martou, t. IV, p. 61, note 2, et Pont, t. II, p. 576, note 1, n° 1286, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 505, note 21, § 293 *bis*.

chose. Il y a deux propriétaires en présence sur une même chose : le vendeur est propriétaire sous condition suspensive, l'acheteur l'est sous condition résolutoire; l'acquéreur sous condition résolutoire est propriétaire, donc il peut purger, mais il ne peut le faire que dans les limites de son droit; or, personne ne peut purger une propriété qui ne lui appartient pas, ni une propriété qui se résout par l'accomplissement d'une condition; l'acheteur, ne peut donc pas purger la propriété du vendeur quand il n a qu'une propriété résolutoire. Le conflit se vide par des principes très-simples. La condition de rachat rétroagit comme toute condition, et, en rétroagissant, elle anéantit les droits de l'acheteur, si, comme nous le supposons, le vendeur use de son pacte de rachat; et si l'acheteur n'a jamais été propriétaire, tous les actes qu'il a faits comme tels tombent. Comment donc la cour de cassation peut-elle parler d'une purge définitive, opérée par celui qui n'a pas de droit définitif?

428. Celui qui acquiert un immeuble sous condition suspensive, peut-il purger? La question est controversée. Si l'on admet le principe que nous avons posé, que la purge n'est permise qu'à celui qui est propriétaire au moment où il remplit les formalités prescrites à cet effet, il faut décider que l'acquéreur sous condition suspensive ne peut pas purger; en effet, la condition suspend la translation de la propriété; l'acheteur sous condition suspensive n'est pas propriétaire, donc il ne peut pas purger. Il y a, sous ce rapport, une différence, qui est élémentaire, entre la condition suspensive et la condition résolutoire ; celle-ci n'empêche pas l'acheteur d'être propriétaire, donc il peut purger, sauf l'effet de la résolution, comme nous venons de le dire (n° 427) ; tandis que la condition suspensive empêche la translation de la propriété, et celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas purger (t. XVII, n°s 90-105). Toutes les dispositions qui concernent la purge impliquent que la propriété est transmise à celui qui veut libérer l'immeuble des charges hypothécaires qui le grèvent. Le tiers acquéreur offre de payer son prix immédiatement; or, quand il a acheté sous condition suspensive, il n'est pas débiteur du prix, il ne peut pas être contraint à le payer.

Si les créanciers acceptent l'offre du nouveau propriétaire, l'immeuble est purgé et l'acquéreur devient propriétaire définitif par le payement de son prix. Voilà une nouvelle impossibilité : l'acquéreur conditionnel ne peut devenir propriétaire que lorsque la condition s'accomplit. Si les créanciers n'acceptent pas l'offre de l'acquéreur, ils peuvent requérir la mise aux enchères de l'immeuble et le faire vendre sur le tiers détenteur : conçoit-on que l'on vende sur l'acquéreur conditionnel un immeuble qui ne lui appartient pas? Nous croyons inutile d'insister (1).

429. L'acquéreur peut perdre le droit de purger. D'après notre loi, il en est déchu s'il ne l'exerce pas dans l'année de la transcription (n° 416); et d'après le code Napoléon, ainsi que d'après la loi belge, le tiers détenteur perd encore le droit de purger quand il ne l'exerce pas dans le délai de trente jours après la sommation de payer ou de délaisser (n°s 417 et 418). Si le propriétaire déchu, pour une cause quelconque, du droit de purger, aliène, le sous-acquéreur sera-t-il aussi déchu? La négative est certaine, et telle est aussi l'opinion commune, sauf le dissentiment de Grenier. Il objecte la maxime traditionnelle que le vendeur ne peut pas transmettre à l'acquéreur un droit qu'il n'avait plus. La cour de cassation répond, et sa réponse est péremptoire, que le tiers acquéreur tient son droit non du vendeur, mais de la loi (2). Il faut ajouter que la maxime que Grenier invoque à tort ne reçoit son application que lorsqu'il s'agit de droits réels; si l'acquéreur démembrait sa propriété, évidemment il ne transmettrait à ses ayants cause qu'une propriété démembrée. Mais celui qui est déchu de la faculté de purger n'en conserve pas moins la propriété dans toute sa plénitude, et il la transmet entière au sous-acquéreur; la déchéance qu'il a encourue est un fait personnel qui ne peut pas réagir contre les tiers et, sous ce rapport, les ayants cause sont des tiers.

(1) Labbé, dans la *Revue critique*, t. VIII, p. 220, n° 9. Aubry et Rau, t. III, p. 505, note 22. En sens contraire, Pont, t. II, p. 575, n° 1285.

(2) Rejet, 6 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2015). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 508, note 34, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Grenier, t. II, p. 68, n° 344.

430. Les actes de vente contiennent souvent une clause qui interdit aux acquéreurs de purger. Cela arrive quand l'immeuble est grevé d'inscriptions dont les causes ont disparu; on les laisse subsister pour éviter les frais de radiation. L'acheteur pourrait se prévaloir de ces inscriptions pour retarder le payement du prix; afin de l'en empêcher, le vendeur prohibe la faculté de purger, dans l'acte de vente. On demande si cette prohibition est valable. Il est certain que si l'acheteur est poursuivi hypothécairement, il peut purger, s'il se trouve encore dans le délai légal, sans qu'on puisse lui opposer la clause prohibitive. La raison en est que le droit de purge tient à l'intérêt général (n° 415), et il n'est pas permis aux particuliers de déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6), expression qui, dans sa plus large acception, s'applique aux lois d'intérêt public. Faut-il appliquer le principe au cas où, sans être poursuivi, le tiers acquéreur prendrait l'initiative? A notre avis (1), oui, car le droit de purger ne change pas de nature selon qu'il est exercé avant ou après les poursuites des créanciers. Si, comme on le suppose, les inscriptions n'ont plus de cause, c'est au vendeur d'en demander la radiation, ce qui fera tomber la procédure de purge. Que si l'acquéreur l'avait entamée sans motif légitime, et par la seule raison de retarder le payement de son prix, il serait sujet à des dommages-intérêts, car il n'aurait pas usé de son droit, il en aurait abusé pour se dispenser de remplir ses obligations, ce qui constitue un quasi-délit.

431. L'acquéreur peut-il renoncer au droit de purge? D'après ce que nous venons de dire, la renonciation que ferait l'acquéreur dans l'acte de vente serait nulle, puisque ce serait renoncer à un droit qui est d'ordre public. Mais rien n'empêche l'acheteur de renoncer à la purge après qu'il est devenu propriétaire. Purger est pour lui une faculté, ce n'est pas une obligation. Il suffit qu'il ne remplisse pas les formalités prescrites par la loi dans les délais qu'elle prescrit, pour qu'il soit déchu de la faculté de purger, ce qui implique une renonciation tacite, et s'il

(1) En sens contraire, Martou, t. IV, p. 63, n° 1383 *bis*.

peut renoncer tacitement, il peut aussi renoncer par une déclaration expresse de volonté (1).

Si l'acquéreur s'engage à payer des créances hypothécaires, soit en vertu de l'acte de vente, soit en vertu d'une convention postérieure, il ne peut pas purger les hypothèques des créanciers qu'il s'est obligé de désintéresser. On objecterait vainement que c'est renoncer à un droit d'ordre public ; dans l'espèce, la renonciation conduit au même résultat que la purge, puisque, en payant les créanciers inscrits, l'acquéreur dégrève les biens des charges hypothécaires, ce qui aboutit à libérer l'immeuble. Suffit-il, pour qu'il y ait renonciation au droit de purge, que l'acquéreur ait pris l'engagement de verser son prix entre les mains des créanciers hypothécaires qui seront en ordre de le recevoir? Non, car cet engagement laisse l'acheteur dans la situation de tiers détenteur, jusqu'à ce que la délégation du vendeur ait été acceptée par les créanciers ; si les créanciers acceptent, il se forme un contrat entre l'acquéreur et les créanciers, par suite duquel l'acquéreur devient débiteur personnel de son prix envers les créanciers ; il cesse donc d'être tiers détenteur, ce qui est un obstacle à la purge. Mais tant que la délégation n'est pas acceptée, l'acquéreur n'est pas personnellement obligé. Que l'on n'objecte pas qu'il y a contradiction entre les deux décisions : si les décisions sont différentes, c'est que les hypothèses diffèrent. Dans la première, l'engagement de l'acquéreur est pur et simple, il devient débiteur personnel, et par le payement qu'il fera, le but de la purge sera atteint. Il n'en est pas de même dans la seconde hypothèse. Les créanciers peuvent ne pas accepter l'offre du vendeur, si le prix ne leur convient pas ; dans ce cas, ils ont le droit de poursuivre l'acquéreur hypothécairement ; c'est dire qu'ils conservent leur droit ; dès lors l'acquéreur doit aussi conserver le sien (2).

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 507, note 31, § 293 *bis*, et les autorités qu'ils citent.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 507, et notes 32 et 33, § 293 *bis*.

§ III. *Quels biens peuvent être purgés?*

432. La loi dit : les *propriétés*, la *chose cédée*, les *immeubles*, la *chose* (1); ce sont les expressions les plus larges et même les plus vagues dont on puisse se servir. Il faut donc poser en principe que tout immeuble hypothéqué peut être purgé. On doit cependant apporter une restriction au principe; elle résulte de l'essence même de la purge. Pourquoi la loi permet-elle d'effacer les charges qui grèvent un immeuble? C'est qu'elles entravent la libre circulation des biens; cela suppose qu'il s'agit d'héritages susceptibles d'être hypothéqués et d'être transmis; or, il y a des biens qui ne peuvent être hypothéqués ni cédés; dès lors il ne peut être question de les purger. Le principe ainsi limité est incontestable; nous allons en voir les conséquences.

433. L'acquéreur d'une partie des immeubles hypothéqués peut-il user du droit de purge? Oui, et sans doute aucun, puisqu'il est tiers détenteur et nouveau propriétaire, et que la chose est hypothéquée et dans le commerce. La question a cependant été portée à plusieurs reprises devant la cour de Bruxelles. On faisait une objection que nous avons déjà rencontrée, c'est que l'hypothèque est indivisible, et que ce serait la diviser que de permettre à l'acquéreur de l'éteindre partiellement en faisant un payement partiel. La cour de Bruxelles répond très-bien que la question n'est pas de savoir si l'hypothèque est indivisible et si, par suite, le débiteur principal ou le tiers détenteur peut libérer l'immeuble hypothéqué pour partie, en faisant un payement partiel : cela ne peut faire matière à discussion. Quelle était la question soumise à la cour? C'est celle de savoir si l'acquéreur d'une partie des immeubles hypothéqués peut faire usage de la faculté de purger le bien en offrant aux créanciers le prix de son acquisition. Or, aucune loi n'interdit au débiteur le droit de vendre partiellement les biens qu'il a donnés en hypothèque; et, d'autre

(1) Intitulé du chapitre VIII, et articles 109, 110 (code civil, art. 2182, 2183).

part, la loi autorise tout acquéreur à libérer l'immeuble hypothéqué en offrant le prix de son acquisition aux créanciers et en remplissant les formalités de la purge. Vainement objectait-on que, par suite de la purge, le créancier ne recevait pas l'intégralité de sa créance; c'est là un effet de toute purge; pour mieux dire, c'est la conséquence de la valeur insuffisante de l'immeuble; les créanciers doivent s'en prendre à eux-mêmes pour avoir stipulé des hypothèques qui dépassent la valeur de l'immeuble. Il est vrai que, dans l'espèce, l'immeuble hypothéqué se trouvait divisé, une partie restant entre les mains du débiteur et l'autre partie entre les mains du tiers acquéreur. Mais ce fait ne portait aucune atteinte aux droits du créancier, et il ne viole pas le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. En effet, dit la cour, par suite de la purge, le créancier est placé précisément dans la même position que si lui-même avait poursuivi l'expropriation de l'immeuble aliéné; le prix de l'adjudication aurait aussi été insuffisant pour le remplir de ce qui lui est dû, et il n'aurait certes pas pu invoquer le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque; ce principe reste sauf, puisque le créancier conserve les droits que lui donne l'hypothèque sur les autres biens affectés au payement de sa créance; libre à lui de poursuivre tous les biens qui lui sont hypothéqués; ses droits sont donc entiers. Seulement, si les biens se trouvent dans différentes mains, chacun des détenteurs peut user du droit que la loi lui donne, de purger, de payer ou de délaisser (1).

431. L'acquéreur d'une part indivise dans un ou plusieurs immeubles hypothéqués peut-il purger pendant l'indivision? Il y a un motif de douter, c'est que ces immeubles sont susceptibles d'être hypothéqués ou cédés. Mais le motif n'est pas déterminant; il faut voir encore si l'acquéreur peut remplir les formalités prescrites par la loi pour la purge. Or, toutes ces formalités impliquent une propriété définitive, et même la possession. Ainsi le droit de purger existe quand l'acquéreur est sommé de payer ou de délais-

(1) Bruxelles, 17 juin 1827, et 17 juin 1829 (*Pasicrisie*, 1827, p. 218, et 1829, p. 210). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 504, et note 19, § 293 *bis*; Pont, t. II, p. 569, n° 1270.

ser. Conçoit-on qu'on somme de délaisser celui qui ne détient pas? Supposons que l'acquéreur veuille purger : il doit offrir son prix, et les créanciers ont le droit de surenchérir. Or, ni l'offre ni le droit de surenchère ne sont compatibles, dans l'espèce, avec le texte de la loi. Aux termes de l'article 110, qui reproduit en substance l'article 2183 du code Napoléon, le nouveau propriétaire doit faire des notifications aux créanciers; ces notifications comprennent, entre autres mentions, celle de l'*indication précise des immeubles;* et comment l'acquéreur d'une part indivise indiquerait-il les immeubles, alors que les biens sont encore indivis et que l'on ignore, par conséquent, quels biens tomberont dans son lot? Si les notifications sont impossibles, le droit de surenchère l'est également. Sur quels immeubles les créanciers surenchériront-ils? Ils ne le savent; ils ne le sauront qu'après le partage. C'est seulement alors que l'acquéreur aura la propriété certaine que supposent les formalités de la purge. Si l'on avait purgé pendant l'indivision, toute la procédure serait anéantie par le résultat du partage, puisque, par suite de l'effet déclaratif du partage, l'acquéreur serait censé n'avoir jamais eu de droit sur les biens purgés qui n'auraient pas été mis dans son lot. Notre conclusion est qu'il faut attendre le partage ou la licitation avant de procéder à la purge (1).

435. Les droits réels immobiliers peuvent-ils être purgés? Il faut distinguer; les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie sont assimilés en tout à des héritages ou fonds immobiliers. On peut les céder, les hypothéquer, on peut les vendre par expropriation; par conséquent, ils peuvent être mis aux enchères. Dès lors il n'y a aucun obstacle à ce qu'ils soient purgés. L'intérêt public exige que tous les biens qui sont dans le commerce circulent librement. Il y a d'autres droits immobiliers qui ne sont pas dans le commerce : tels sont les droits d'usage et d'habitation qui ne peuvent être ni cédés, ni hypothéqués (art. 631, 634), partant on ne conçoit pas la procédure de purge. On sup-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 506 et suiv., et notes 29 et 30, § 293 *bis*. En sens contraire, Pont, t. II, p. 569, n° 1270. Comparez Cassation, 21 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1740, 4°).

pose qu'après la constitution d'une hypothèque le propriétaire concède un droit d'usage ou d'habitation : ceux qui acquièrent un de ces démembrements de la propriété peuvent-ils purger? Non; ils offriraient vainement leur prix aux créanciers hypothécaires, ceux-ci seraient dans l'impossibilité d'user du droit de surenchère que la loi leur accorde, et sans surenchère la purge est impossible : on ne peut mettre aux enchères un bien dont la loi interdit la vente.

Il en est de même des servitudes qui seraient constituées sur un fonds grevé d'hypothèques. La loi ne défend pas de céder des servitudes, mais, par leur essence même, elles sont incessibles, puisqu'elles constituent une qualité active ou passive du fonds; la mise aux enchères se conçoit encore moins pour les servitudes que pour les droits d'usage et d'habitation.

Quel sera l'effet de ces concessions quant aux créanciers hypothécaires? Nous l'avons déjà dit. Le débiteur et le tiers détenteur ne peuvent, par leur fait, altérer les droits des créanciers hypothécaires; il suit de là que les droits qui démembrent l'immeuble hypothéqué ne peuvent pas être opposés aux créanciers; l'acquéreur de l'immeuble grevé d'un de ces droits sera, sur la poursuite des créanciers, considéré comme s'il était plein propriétaire, tenu, comme tel, de toute la dette et pour toute la valeur de l'immeuble, hypothécairement parlant (1).

§ III. *Cas dans lesquels la purge a lieu de plein droit.*

436. On dit que la purge a lieu de plein droit quand l'acquisition emporte par elle-même l'extinction des hypothèques qui grevaient l'immeuble, en ce sens que les créanciers doivent se contenter du prix fixé par le contrat. L'acquéreur se libère, dans ce cas, et libère l'immeuble par le payement ou par la consignation du prix, sans qu'il soit obligé de remplir les formalités de la purge.

Telle est d'abord l'acquisition que l'Etat fait quand il

(1) Martou, t. IV, p. 58, n°s 1380 et 1381. Aubry et Rau, t. III, p. 504, note 20, § 293 *bis*, et les autorités qu'ils citent.

exproprie un immeuble pour cause d'utilité publique, et ce que nous disons de l'Etat s'applique naturellement à tous ceux qui ont le droit d'expropriation. Les charges hypothécaires, de même que tous les droits réels que des tiers auraient sur l'immeuble exproprié s'éteignent par suite du jugement qui prononce l'expropriation; la loi veille à ce que tous les intérêts soient sauvegardés; et ils le sont en ce sens que les intéressés exercent leurs droits sur l'indemnité, laquelle est toujours plus élevée que le prix que l'on obtiendrait par une mise aux enchères. Le but de l'expropriation ne permet pas de remettre en vente un immeuble qui est entré dans le domaine public et qui est placé hors du commerce (1).

437. Il y a d'autres cas dans lesquels l'acquisition purge par elle-même l'immeuble vendu. Comme il s'agit des lois de procédure étrangères à notre travail, nous nous bornerons à rapporter les dispositions du code de procédure relatives à la matière.

On a toujours admis que l'adjudication sur expropriation forcée purge les hypothèques établies sur l'immeuble aliéné. L'article 717 du code de procédure, modifié par la loi française du 21 mai 1858, le dit formellement. « Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. » Si cela n'est pas dit dans la loi belge du 15 août 1854, l'esprit de cette loi ne laisse aucun doute. Les longues formalités prescrites pour l'expropriation forcée n'ont d'autre objet que de porter l'adjudication au plus haut prix possible; notre loi veut même que les créanciers soient mis en cause, afin qu'ils veillent eux-mêmes à leurs intérêts et que la vente leur soit commune. Dès lors toute mise aux enchères serait inutile et frustratoire (2).

438. L'article 96 de la loi du 15 août 1854 porte : « Ne seront pas soumises à la surenchère les ventes publiques volontaires mentionnées aux articles 89 et 90 à l'égard des créanciers inscrits valablement appelés à l'ad-

(1) Martou, t. IV, p. 63, n° 1384.
(2) Aubry et Rau, t. III. p. 498, note 4, § 293 *bis*. Pont, t. II, p. 573, n° 1280. Martou, t. IV, p. 63, n° 1385.

judication. » Il y a même raison que dans le cas de l'expropriation forcée (n° 437). Ces ventes se font aux enchères ; dès lors de nouvelles enchères sont inutiles et frustratoires ; ce qui exclut la purge, puisque le principe essentiel de la purge est le droit des créanciers de requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Telles sont les ventes des biens des mineurs faites en vertu de la loi du 12 juin 1816 et celles qui se font en vertu de la clause de voie parée.

439. Enfin les hypothèques sont effacées, sans que les formalités de la purge doivent être observées, dans tous les cas où les créanciers hypothécaires concourent à la vente en participant à la rédaction du cahier des charges ainsi qu'à l'adjudication ; étant parties à la vente, ils acceptent par là même le prix, et, par suite, leurs droits sont éteints. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Il était dit dans le cahier des charges que les biens étaient vendus quittes et libres, en ce sens que les charges hypothécaires qui les grevaient seraient acquittées au moyen du prix ; les créanciers étaient intervenus dans ces stipulations ; ils acceptaient donc le prix en payement de ce qui leur était dû, et consentaient à l'extinction des hypothèques et à la radiation des inscriptions ; dès lors il ne pouvait plus être question de purge, l'acquéreur étant libéré par le consentement des créanciers hypothécaires (1).

SECTION II. — Conditions de la purge.

§ Ier. *De la transcription.*

440. D'après le code Napoléon, les tiers détenteurs qui voulaient purger leurs immeubles des priviléges ou hypothèques qui les grevaient devaient commencer par les faire transcrire sur les registres du conservateur des hypothèques (art. 2181). La loi belge ne reproduit pas cette condition. Ce n'est pas à dire que la purge puisse se faire sans que l'acte d'acquisition soit transcrit ; la transcription, qui, sous l'empire du code civil, n'était prescrite qu'en matière de purge, doit se faire aujourd'hui par tous

(1) Bruxelles, 27 mai 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 1387).

les acquéreurs : en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire, les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ne peuvent être opposés aux tiers que lorsqu'ils ont été transcrits. Ainsi l'acquéreur n'est propriétaire à l'égard des créanciers hypothécaires ou privilégiés que lorsqu'il a transcrit; or, c'est à titre de propriétaire qu'il purge; il doit donc transcrire avant qu'il puisse faire les notifications exigées par la loi; ces notifications, aux termes de l'article 110, doivent contenir l'indication de la date, du volume et du numéro de la transcription; ainsi le premier acte qui ouvre la procédure de la purge doit contenir la preuve que la transcription a eu lieu. Donc, sans transcription, il ne peut y avoir de purge.

441. L'application de ce principe donne lieu à une difficulté qui n'a pas de solution légale. Tout acquéreur peut purger; or, il y a des actes translatifs de propriété qui ne doivent pas être transcrits en vertu de la loi belge, ce sont les legs. Si un légataire à titre particulier veut purger, devra-t-il transcrire le testament qui lui a transmis la propriété de la chose léguée? Il y avait déjà une lacune, sous ce rapport, dans le code Napoléon, et les auteurs de la loi belge ont oublié de la combler. L'article 2181 du code civil prescrivait la transcription des *contrats* translatifs de propriété immobilière; malgré ce terme restrictif, on exigeait la transcription des dispositions testamentaires quand le légataire voulait purger (1). D'après la loi belge, la transcription ne se fait plus comme condition spéciale de la purge, elle doit se faire en vertu de l'article 1er; or, cette disposition est formelle, elle ne soumet pas les testaments à la transcription; donc le légataire est propriétaire à l'égard des tiers sans avoir transcrit. En faut-il conclure qu'il ne doit pas transcrire le testament? Nous croyons que la transcription doit se faire; l'article 110 (code civil, article 2183) implique la nécessité de la transcription, puisque les notifications doivent comprendre la preuve que la transcription a eu lieu. Les dispositions de cet article sont générales; elles comprennent non-seulement les actes de

(1) Pont, t. II, p. 579, n° 1291.

vente, mais aussi les actes à titre gratuit, donc les legs(1).

442. Le code civil ajoutait (art. 2182) que la simple transcription ne purge pas l'immeuble des priviléges et hypothèques dont il est grevé. Cette disposition n'a pas été reproduite par la loi belge; elle était inutile, puisque le texte même de l'article 2182 prouve que la transcription n'est que le préliminaire de la purge. Le législateur belge a cru devoir reproduire le § 2 de cet article en ces termes : « Le cédant ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose cédée; il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé. » L'article 2182 disait : le *vendeur* et la *chose vendue;* ces termes ont été généralisés; mais, dans la nouvelle forme, la disposition est aussi inutile que celle du code Napoléon. C'est un principe élémentaire que personne ne peut transmettre des droits qu'il n'a point; partant, celui qui n'a qu'une propriété démembrée par des priviléges et hypothèques ne peut transmettre qu'une propriété démembrée.

§ II. *Des notifications.*

443. La première formalité de la purge consiste dans les notifications que le nouveau propriétaire doit faire aux créanciers inscrits (art. 110; code civil, art. 2183). « Si le nouveau propriétaire veut se garantir de l'effet des poursuites autorisées par le chapitre VI, il est tenu de notifier aux créanciers : » suivent les mentions qui doivent se trouver dans les notifications. Le but des notifications est d'informer les créanciers que l'acquéreur veut purger l'immeuble et de porter à leur connaissance tous les faits qui peuvent les intéresser. L'acquéreur offre d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix, ou de la valeur des biens qu'il déclare, quand l'acte en vertu duquel il a acquis la propriété n'est pas une vente.

(1) Martou, t. IV, p. 64, nº 1389.

Si les créanciers ne trouvent pas ce prix ou cette valeur suffisants, ils peuvent requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques. Il faut, pour que les créanciers puissent prendre un parti, qu'ils soient éclairés sur leur situation : ont-ils chance d'être payés intégralement? ou ne recevront-ils qu'un payement partiel? ou ne viennent-ils pas en ordre utile? Ils doivent posséder tous les éléments nécessaires pour se décider en connaissance de cause sur le point de savoir s'ils accepteront l'offre de l'acquéreur, ou s'ils demanderont la mise aux enchères. Tel est le but des notifications que la loi prescrit.

N° 1. EXTRAIT DU TITRE.

444. La première mention que doivent contenir les notifications consiste dans un extrait du titre. Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas la copie intégrale de l'acte? C'eût été le moyen le plus sûr de porter à la connaissance des créanciers tous les faits qui les intéressent. La loi du 11 brumaire an VII (art. 30) obligeait l'acquéreur de notifier à chacun des créanciers l'acte tout entier d'acquisition. Si le code civil s'est contenté d'un extrait, c'est que ces copies, souvent très-nombreuses et très-longues, occasionnaient de grands frais. Il paraît que le but du législateur français n'a pas été atteint. On lit dans le rapport de la commission spéciale que les praticiens donnèrent à l'extrait que la loi prescrit des proportions déraisonnables, de là des frais frustratoires. Au dire de la commission, c'était un des inconvénients de la purge, comme c'est un inconvénient de toute procédure judiciaire quand elle est trop frayeuse : la justice cesse d'être une justice quand les parties intéressées n'y peuvent recourir qu'en se ruinant. La commission proposait de remplacer l'extrait par la réalisation, inscrite sur les registres du conservateur, sauf à renvoyer à l'expédition du contrat qui devait être déposée au bureau du conservateur. Ce système n'a pas été adopté; toutefois les auteurs de la loi nouvelle se sont efforcés de préciser les énonciations que doit contenir la notification et de faire disparaître par

là un des abus et un des inconvénients que présentait la purge du code civil (1).

445. L'extrait doit contenir d'abord : « la date du titre, s'il est authentique, ou celle de l'acte notarié ou du jugement portant reconnaissance de l'acte sous seing privé ». On ne peut pas purger en vertu d'un acte sous seing privé, L'acte doit être transcrit, et la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques; mais elle permet de donner l'authenticité aux actes sous seing privé en les reconnaissant en justice ou devant notaire (art. 2); les actes acquièrent par là date certaine. On doit donc poser en principe que la notification doit mentionner la date authentique de l'acte. Comme le titre même n'est pas communiqué aux créanciers, ceux-ci peuvent avoir intérêt à consulter le registre du conservateur sur lequel l'acte a été transcrit en entier; voilà pourquoi les notifications doivent contenir les indications nécessaires pour que les tiers puissent recourir à l'acte transcrit. La plus essentielle de ces mentions, c'est la date du titre; la loi y ajoute le « nom et la résidence du notaire qui a reçu l'acte, ou bien le tribunal qui a rendu le jugement », afin que les créanciers puissent contrôler l'exactitude des notifications, en s'assurant que l'acte est réellement authentique.

446. Les notifications doivent contenir, en second lieu, la désignation des parties, pour que les créanciers sachent de qui émane l'aliénation; elle doit émaner du débiteur qui a constitué l'hypothèque, ou du tiers qui a consenti une hypothèque sur ses biens pour la dette du débiteur; ce n'est que dans le cas de cette aliénation qu'il y a lieu à purge. Si le débiteur a aliéné l'héritage, et si l'acquéreur l'a revendu sans qu'il ait fait la purge, c'est la seconde acquisition qui devra être purgée; et, dans ce cas, ce sont les parties qui ont figuré au dernier acte qui doivent être désignées. Cette mention est insuffisante, puisque les créanciers n'y trouvent pas le nom de leur débiteur; la loi, en cas de revente, aurait dû exiger l'indication des diverses mutations.

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 60). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 158).

447. En troisième lieu, les notifications doivent contenir « l'indication précise des immeubles ». La loi ne dit pas comment on doit désigner les parties et les immeubles; il suffit donc que la désignation soit telle, que les créanciers ne puissent pas s'y tromper. Le code civil reproduisait, quant aux immeubles hypothéqués, les indications que la loi exige dans les contrats d'hypothèque et dans les inscriptions hypothécaires, « la nature et la situation des biens »; s'il s'agissait d'un corps de biens, le code se contentait de la dénomination générale du domaine et des arrondissements dans lesquels il était situé. La loi belge a réduit la mention à ce qu'il importe aux créanciers de savoir pour vérifier l'identité des biens hypothéqués et des biens que le tiers détenteur veut purger.

448. La quatrième mention concerne « le prix et les charges faisant partie du prix de la vente ». C'est le prix que l'acquéreur offre aux créanciers inscrits; ceux-ci doivent le connaître exactement, afin de savoir si le prix représente la véritable valeur de l'immeuble; si, par conséquent, ils doivent l'accepter ou s'ils ont intérêt à requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques.

Le prix suppose que le tiers détenteur a acquis la propriété de l'immeuble par une vente; et la loi suppose encore, ce qui est la règle, que le prix consiste en une somme d'argent; s'il consistait en une rente viagère, ou en toute obligation autre que celle de payer un capital fixe, la loi veut que le tiers acquéreur évalue le prix, afin que les créanciers hypothécaires connaissent d'une manière exacte quelle est la valeur qu'on leur offre. Sous l'empire du code civil, il y avait quelque doute sur ce point; on prétendait que l'acquéreur satisfaisait à la loi en indiquant son prix, sans qu'il fût obligé de l'évaluer, dans le cas où il s'agissait d'une rente viagère ou de prestations en nature. C'était une interprétation peu raisonnable. Le tiers détenteur fait une offre; il s'oblige à désintéresser les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix; il faut donc qu'il dise au juste ce qu'il offre, par conséquent, ce que vaut la rente viagère ou la prestation. L'acquéreur doit savoir quelle est la valeur de l'immeuble, les créanciers ne

le savent pas ; ils ont sans doute dû s'en informer lorsqu'ils ont stipulé l'hypothèque, mais depuis lors, l'immeuble a pu augmenter ou diminuer de valeur (1).

La loi ajoute : « l'évaluation de la chose si elle a été donnée ou cédée à tout autre titre qu'à celui de vente », à titre d'échange, par exemple, de donation ou de legs. Aux termes de l'article 113, l'acquéreur doit offrir aux créanciers la valeur par lui *déclarée* ou le *prix*; donc, dans tous les cas autres qu'une vente, l'acquéreur doit évaluer l'immeuble, quand même l'acte contiendrait une estimation de la chose, car ce n'est pas l'estimation plus ou moins arbitraire que l'acquéreur doit offrir aux créanciers inscrits, c'est la valeur que lui-même déclare et qui doit être exacte, toujours pour que les créanciers puissent savoir si la somme indiquée représente la valeur véritable de l'héritage (2).

449. La loi prévoit encore le cas où l'acte de vente stipulerait des charges au profit du vendeur. Dans ce cas, le tiers acquéreur doit les évaluer dans ses notifications; en effet, ces charges font partie du prix. Il y a de nombreuses décisions concernant les charges que le tiers détenteur doit indiquer en les évaluant. Nous croyons inutile d'entrer dans ces détails ; le principe, tel que les auteurs le formulent, suffit pour trancher toutes les difficultés. Nous transcrivons la formule de MM. Aubry et Rau, c'est la plus exacte. On entend par charges celles qui font partie du prix de vente, c'est-à-dire toutes les sommes ou prestations que, pour devenir propriétaire de l'immeuble, l'acquéreur s'est obligé de payer ou de fournir en sus du prix proprement dit, soit au vendeur, soit à ses créanciers à sa décharge, soit à des tiers qu'il en a gratifiés, et dont le payement ou l'accomplissement doit ainsi tourner directement ou indirectement au profit du vendeur. C'est ce dernier point qui est essentiel. Il peut y avoir des charges qui ne profitent pas au vendeur : elles ne font pas partie du prix. Tels sont les frais; quand c'est l'acheteur qui, en vertu de la loi, doit les

(1) Martou, t. IV, p. 70, n° 1397. Rapport de Lelièvre (Parent, p. 158). Paris, 28 juin 1847 (Dalloz, 1847, 4, 402).

(2) Voyez les citations dans Martou, t. IV, p. 73, n° 1398; Pont, t. II, p. 590, note 2, n° 1311 ; Aubry et Rau, t. III, p. 515, note 16, § 294.

payer, on ne peut pas dire qu'ils profitent au vendeur ; ainsi l'article 1593 met à la charge de l'acheteur les frais d'actes et autres accessoires à la vente; ces frais-là ne doivent pas être compris dans les notifications que le tiers détenteur fait aux créanciers, parce qu'ils ne font pas partie du prix. Qu'entend-on par frais de vente? Sur ce point, il y a controverse et parfois doute. Ainsi les frais de purge sont mis par quelques-uns à charge du vendeur; dans cette opinion, l'acheteur doit les comprendre dans ses notifications si, en vertu de son titre, il est obligé de les supporter ; tandis que, dans notre opinion, l'acheteur doit les payer en vertu de l'article 1593; par suite, ils ne font pas partie du prix de vente, et l'acheteur ne doit pas en faire la déclaration dans ses notifications (1).

N° 2. MENTION DE LA TRANSCRIPTION.

450. D'après le n° 2 de l'article 110 (code civil, article 2183), le nouveau propriétaire doit indiquer dans ses notifications « la date, le volume et le numéro de la transcription ». L'acquéreur ne peut pas purger tant qu'il n'a pas transcrit; il doit donc prouver que la transcription a été faite; la loi veut que la preuve résulte des notifications. La mention qu'elle prescrit facilitera aux créanciers inscrits les recherches qu'ils peuvent faire dans les registres du conservateur, où ils trouvent la copie entière de l'acte dont le tiers détenteur ne leur notifie qu'un extrait. La loi de brumaire exigeait un certificat de transcription, ainsi une attestation du conservateur que la transcription était opérée; l'article 110 ne parle pas d'un certificat; les indications qu'il exige sont si précises, que la preuve de la transcription en résulte; dès lors le certificat devenait inutile.

N° 3. TABLEAU DES INSCRIPTIONS.

451. L'article 110, n° 3, veut que le nouveau propriétaire ajoute à ses notifications « un tableau sur trois co-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 515, et notes 17 et 18, § 294. Martou, t. IV, p. 75 et suiv., n° 1398.

lonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions, ainsi que l'indication du volume et du numéro de ces inscriptions; la seconde, le nom des créanciers, et la troisième, le montant des créances inscrites ». Ce tableau fait connaître à chaque créancier sa situation à l'égard des autres créanciers inscrits et, par suite, s'il est primé, par quelle créance il est primé, si, à raison du prix offert, il a chance d'être colloqué, ou s'il ne vient pas en ordre utile. C'est d'après ces renseignements qu'il se décidera à accepter l'offre de l'acquéreur ou à requérir la mise aux enchères de l'immeuble.

N° 4. CONSÉQUENCE DE L'INOBSERVATION DE CES FORMALITÉS.

452. L'article 110 (code civil, art. 2183) ne dit pas que les formalités qu'il prescrit doivent être remplies sous peine de nullité. Le silence de la loi est significatif; car, dans cette même matière de la purge, l'article 115 (code civil, art. 2185), en prescrivant les formalités et les conditions de la mise aux enchères, dit à la fin : « le tout à peine de nullité. » Donc quand les formalités sont irritantes, la loi le dit. Nous dirons plus loin pourquoi la loi se montre si rigoureuse lorsqu'il s'agit du droit de surenchère. Il n'y avait pas de raison pour sanctionner par la peine de nullité l'observation de l'article 110. Tout ce que les créanciers peuvent exiger, c'est que les notifications les mettent à même de prendre un parti en connaissance de cause. Or, cette question est de fait plutôt que de droit. Si, malgré l'irrégularité des notifications, les renseignements donnés par l'acquéreur suffisent pour éclairer les créanciers sur le parti qu'ils ont intérêt à prendre, il n'y a pas lieu de prononcer la nullité des notifications. C'est le principe que la loi hypothécaire suit en ce qui concerne la nullité des inscriptions irrégulières (art. 85); il y a même raison de décider en ce qui concerne l'irrégularité des notifications (1).

(1) Martou, t. IV, p. 79, n° 1402. Aubry et Rau, t. III, p. 516 et suiv., et note 25, § 294.

453. On admet généralement que les notifications sont nulles lorsque l'acquéreur n'a pas fait l'évaluation de la rente viagère et des prestations en nature qui font partie du prix ou des charges (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? L'irrégularité peut n'avoir causé aucun préjudice aux créanciers inscrits : tel serait le défaut d'évaluation d'une charge peu considérable qu'il est facile aux créanciers d'apprécier et qui, en tout cas, n'influera pas sur leur détermination. Dès que l'on admet comme principe que la nullité est une question de préjudice, donc de fait, on ne peut plus décider *a priori* que telle irrégularité entraînera toujours la nullité de la notification; c'est au juge de décider d'après les circonstances de la cause.

Il a été jugé que la notification est nulle lorsque le prix déclaré par l'acquéreur est inférieur à celui qui se trouve porté au contrat. Cette décision, approuvée par les uns, est critiquée par les autres. Si l'on veut en faire une question de droit, on se met en contradiction avec le principe. Vainement dit-on, pour la justifier à ce titre, que la dissimulation d'une partie du prix met *presque toujours* les créanciers dans la nécessité de recourir au moyen extrême, dangereux et coûteux de la surenchère; tandis qu'ils auraient pu s'en abstenir s'ils avaient été informés du prix véritable (2). La justification témoigne contre ceux qui la font valoir; en effet, elle implique que les créanciers peuvent ne pas être dans la nécessité de surenchérir; dès lors la décision dépend des faits, et l'on a tort d'ériger des faits changeants en principes. Il va sans dire que si le prix indiqué est supérieur au prix stipulé dans le contrat, les créanciers n'ont aucun intérêt à demander la nullité, et, partant, ils sont sans droit. En effet, l'acquéreur sera tenu de la somme plus forte qu'il a indiquée dans ses notifications : il doit distribuer aux créanciers le prix qu'il *déclare,* et non le prix qui est stipulé dans son contrat.

454. Qui peut se prévaloir de la nullité des notifica-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 516, note 24, § 294, et, en sens divers, les autorités qu'ils citent. Martou, t. IV, p. 79, nº 1402.

(2) Turin, 2 mars 1811, et les auteurs en sens divers cités par Aubry et Rau, t. III, p. 517, note 26, § 294.

tions? La nullité n'est pas d'ordre public; il faut donc appliquer le principe que la nullité ne peut être invoquée que par celui dans l'intérêt duquel elle a été établie, ainsi par les créanciers hypothécaires; ce qui exclut le vendeur, lequel reste étranger à la purge. Quant aux créanciers, chacun d'eux reçoit une notification individuelle, chacun prend parti dans son propre intérêt; dès lors l'un d'eux ne peut pas se prévaloir de l'irrégularité de la notification faite à un autre créancier; car cette irrégularité ne l'a pas empêché de surenchérir, puisque la notification qu'il a reçue était régulière, on le suppose. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (1).

455. Les nullités relatives peuvent être couvertes par la renonciation de celui qui avait le droit de les opposer. Ce principe reçoit son application à la nullité des notifications. La renonciation peut être tacite; c'est le droit commun. Il y aurait renonciation si le créancier, au lieu de demander la nullité des notifications, ce qui implique la nullité de la purge, poursuivait l'ordre sur le prix offert par le nouveau propriétaire; car poursuivre l'ordre, c'est accepter l'offre du tiers acquéreur et donner suite à la purge; or, il serait contradictoire de concourir à la purge et d'en demander la nullité. Faut-il appliquer ce principe à la réquisition de surenchère? Il y a un motif de douter : surenchérir, c'est également donner suite à la purge; et peut-on tout ensemble donner suite à la purge et se réserver le droit d'en demander la nullité? On répond que le créancier est forcé de prendre un parti, et ce qu'il est forcé de faire n'implique aucune volonté de sa part; donc on ne peut pas induire l'intention de renoncer à la nullité de la purge du fait que le créancier requiert la mise aux enchères; cette réquisition doit se faire dans un délai très-court; en ce sens, elle est forcée (2). Nous ajouterons une restriction à ces décisions, c'est qu'elles sont de fait plutôt que de droit; les questions d'intention ne se décident pas *a priori*.

(1) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 598, n° 1333. Aubry et Rau, t. III, p. 522, et note 44, et les autorités qu'ils citent.
(2) Pont, t. II, p. 598, n° 1334, et les autorités qu'il cite.

456. Quel est l'effet de l'annulation? La procédure est censée n'avoir pas eu lieu. Est-ce à dire que l'acquéreur ne puisse pas la renouveler? Non, puisque, par l'effet de l'annulation, il rentre dans la situation où il était avant d'avoir entamé la procédure. Il peut donc encore purger et faire de nouvelles notifications, bien entendu s'il se trouve dans le délai légal. Si le délai était expiré, il serait déchu. C'est l'application du droit commun.

Quel est le droit des créanciers en cas d'annulation? Si l'acquéreur est déchu de la faculté de purger, il se trouve dans la situation prévue par l'article 97 (code civil, art. 2167): les créanciers hypothécaires peuvent le sommer de payer ou de délaisser, et poursuivre ensuite sur lui la vente de l'immeuble hypothéqué.

N° 5. A QUI LES NOTIFICATIONS DOIVENT-ELLES ÊTRE FAITES?

457. L'article 110 répond à la question : les notifications doivent être faites aux créanciers inscrits, c'est-à-dire à chacun des créanciers, car les notifications sont essentiellement individuelles : chaque créancier a son intérêt à sauvegarder, chacun d'eux est appelé à accepter l'offre que l'acquéreur fait de le payer dans l'ordre des inscriptions, en distribuant son prix, et chaque créancier peut surenchérir (art. 115; code civil, art. 2185). De là suit que chaque créancier doit recevoir une notification qui le mette à même et en demeure d'user de ses droits.

Il a été jugé qu'une notification doit être faite à chaque créancier, alors même que les créances diverses résulteraient d'un même titre, que les créanciers auraient élu un seul domicile, et même s'ils avaient poursuivi conjointement le tiers détenteur. Toutes ces circonstances n'empêchent point que la créance se divise entre eux et que chacun ait son droit individuel; la conséquence est que chacun d'eux doit recevoir une notification (1).

458. L'article 112 porte : « La notification énoncée

(1) Bourges, 9 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 2, 195). Comparez Martou, t. IV, p. 82, n° 1405; Pont, t. II, p. 585, n° 1301.

aux articles précédents ne devra être faite qu'aux créanciers inscrits avant la transcription de l'acte d'acquisition. Toute inscription prise sur les précédents propriétaires postérieurement à cette transcription est inopérante. » C'est la conséquence du principe établi par l'article 1er de la loi hypothécaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au chapitre des Dispositions préliminaires, sur les effets de la transcription (t. XXIX, nos 170 et 171).

459. Où la notification doit-elle être faite? L'article 110 (code civil, art. 2183) répond que les notifications doivent être faites aux créanciers aux domiciles par eux élus dans les inscriptions. S'il n'y a pas de domicile élu, l'acquéreur peut se dispenser de faire les notifications au créancier qui a négligé d'élire un domicile; cela n'empêchera pas le créancier de surenchérir et d'intervenir dans l'ordre, s'il a connaissance de la purge. La loi le décide ainsi dans le cas où le conservateur aurait omis un créancier dans le certificat qu'il délivre à l'acquéreur (art. 129; code civil, art. 2198); il y a même raison de décider en ce sens quand l'inscription ne contient pas l'élection de domicile, car cette irrégularité n'annule pas de plein droit l'inscription; le créancier est inscrit, et, à ce titre, il peut surenchérir et intervenir dans l'ordre, quand même il n'aurait pas reçu de notification; il tient son droit, non de la notification, mais de son hypothèque, pourvu qu'il l'ait conservée en l'inscrivant (1).

La loi, en disant que les notifications doivent être faites aux domiciles élus par les créanciers, n'entend pas interdire à l'acquéreur la faculté de faire les notifications à personne ou au domicile réel. C'est uniquement dans l'intérêt des tiers et pour leur facilité que la loi ordonne une élection de domicile; ce n'est pas pour restreindre une faculté qui est de droit commun, celle de signifier à personne ou au domicile général. Tout le monde est d'accord sur ce point (2).

460. Le code de procédure (art. 832) veut que les no-

(1) Pont, t. II, p. 586, n° 1303.
(2) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 514, note 13, § 294.

tifications soient faites par un huissier à ce commis par le président du tribunal; elles doivent contenir constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre doivent être portés. Nous mentionnons cette formalité parce qu'elle est de rigueur; faite par un autre huissier, la notification serait nulle (1). L'application de l'article 832 a donné lieu à un conflit entre les huissiers et les avoués; ce débat est étranger à notre travail. Nous renvoyons à la jurisprudence (2).

461. Il se peut que l'acquéreur néglige de faire la notification à un créancier inscrit; de sorte que la procédure se poursuit en son absence, sans qu'il puisse user de son droit de surenchère et sans qu'il intervienne dans l'ordre. Sera-t-il déchu de son droit? En principe, non; il conservera son action hypothécaire contre le tiers détenteur; la purge ne peut avoir aucun effet à l'égard d'un créancier qui n'a pas été mis en demeure d'exercer ses droits (3).

Ce principe reçoit une modification dans le cas où le certificat délivré par le conservateur aurait omis l'un des créanciers inscrits. C'est l'objet de l'article 129 (code civil, art. 2198); nous y reviendrons au chapitre de la *Responsabilité du conservateur*.

§ III. *De l'offre de payer le prix.*

Nº 1. QUE DOIT OFFRIR L'ACQUÉREUR?

462. L'article 113 porte (code civil, art. 2184) : « Le nouveau propriétaire déclarera par le même acte (les notifications) qu'il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée. » Cette offre du tiers acquéreur est un élément essentiel de la purge, ainsi que des notifications qui doivent être faites aux créanciers inscrits. Ceux-ci ont droit à la valeur de l'immeuble qui leur est hypothéqué; c'est là le but du gage

(1) Pont, t. II, p. 586, nº 1304, et les arrêts qu'il cite, note 3.
(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 586, nº 1304, note 1.
(3) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 514, note 12, § 294.

spécial qu'ils ont stipulé ou que la loi leur accorde. Le tiers acquéreur leur offre la réalisation de ce gage, en déclarant qu'il les payera jusqu'à concurrence de son prix ou de la valeur. L'engagement qu'il prend à l'égard des créanciers hypothécaires tient lieu de l'expropriation qu'ils auraient eu le droit de poursuivre sur lui, car la vente forcée aurait aussi abouti à la distribution du prix de l'adjudication. La purge simplifie les choses; sans formes et sans frais, les créanciers hypothécaires reçoivent leur payement jusqu'à concurrence de la valeur des biens hypothéqués. Il est vrai qu'il y a d'ordinaire des créanciers qui ne sont pas payés intégralement, ou qui ne viennent pas en ordre utile; la purge aura pour effet d'effacer leurs hypothèques. Mais ce n'est pas là une conséquence de la purge, c'est un effet de l'insuffisance de l'immeuble; l'effet aurait été le même si les créanciers avaient poursuivi l'expropriation, et il leur eût été encore plus préjudiciable, puisque les frais de la vente forcée sont plus considérables généralement que ceux de la purge, quand les créanciers acceptent l'offre que leur fait le nouveau propriétaire. En définitive, cette offre par eux acceptée est le moyen le plus simple de réaliser leur gage.

463. L'article 118 (code civil, art. 2184) dit que le nouveau propriétaire doit offrir aux créanciers son *prix;* il s'agit du prix tel que les notifications le déterminent, c'est-à-dire (art. 110, 1°; code civil, art. 2183, 1°) le prix et les *charges* faisant partie du prix de la vente. C'est l'ensemble du prix et des charges qui représente la valeur de l'immeuble hypothéqué, et c'est cette valeur à laquelle les créanciers hypothécaires ont droit et que le tiers acquéreur doit leur offrir.

464. Ce principe donne lieu, dans l'application, à une question très-controversée. On demande à partir de quel moment les créanciers hypothécaires ont droit au prix. Les intérêts dus par l'acquéreur sont un accessoire du prix; ils sont donc dus aux créanciers hypothécaires à partir du moment où ils ont droit au capital qui les produit. La difficulté est de préciser ce moment. A notre avis, et c'est l'opinion qui prévaut dans la doctrine et dans la jurispru-

dence belge (1), les créanciers n'ont droit au prix qu'à partir du moment où ils ont accepté l'offre. que leur fait le tiers acquéreur. Cette acceptation, comme nous le dirons plus loin, peut être expresse; d'ordinaire elle est tacite en vertu de l'article 116 (code civil, art. 2186), qui est ainsi conçu : « A défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans les formes et le délai (de quarante jours) prescrits, la valeur de l'immeuble demeurera définitivement fixé au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire. » Le silence et l'inaction des créanciers mis en demeure par les notifications de surenchérir impliquent qu'ils acceptent le prix que le tiers acquéreur leur a offert; à partir de ce moment, ils y ont droit, et, partant, ils ont droit aux intérêts qui en sont l'accessoire.

On objecte d'abord que l'acceptation des créanciers rétroagit au jour de l'offre, c'est-à-dire de l'acceptation (2). Nous croyons que cette manière de considérer l'acceptation n'est pas exacte. Quelle est la situation des créanciers hypothécaires à l'égard du tiers acquéreur? Celui-ci ne doit pas son prix aux créanciers, il le doit à son vendeur; et quand il est acquéreur à titre gratuit, il ne doit rien. Pour qu'il devienne débiteur des créanciers inscrits, il faut qu'une convention intervienne entre eux. Comment cette convention se forme-t-elle? Comme toute convention, par concours de consentement. Dans l'espèce, l'acquéreur manifeste son consentement par l'offre qu'il fait aux créanciers; puis ceux-ci ont le droit d'accepter ou de refuser: s'ils acceptent, la convention se forme, et elle se forme à partir de l'acceptation. Est-ce qu'une offre, faite par une partie et acceptée par l'autre, rétroagit? Non, certes, il n'y a concours de consentement qu'à partir de l'acceptation de l'offre; donc il n'y a contrat qu'à partir de ce moment. Cela décide la question des intérêts: les créanciers ont droit aux intérêts à partir de leur acceptation.

(1) Martou, t. IV, p. 99, nº 1427. Bruxelles, 5 avril 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 120). Dans le même sens, Pont, t. II, p. 595, nº 1319.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 520, et notes 41, 42, § 294. Comparez, en ce sens : Cassation, 9 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 346); Rejet, 23 juin 1862 (Dalloz, 1863, 1, 143).

On objecte encore que si l'acquéreur purge après que les créanciers l'ont sommé de payer ou de délaisser, les intérêts doivent courir à partir de la sommation. Cette objection repose sur une confusion d'idées. En principe, la sommation ne suffit point pour faire courir les intérêts, il faut une demande judiciaire. L'article 1651 déroge à ce principe en matière de vente; la sommation suffit, mais au moins faut-il que l'acheteur ait été sommé de payer son prix. Or, le vendeur seul a ce droit; les créanciers hypothécaires ne l'ont point. La sommation qu'ils font au tiers détenteur de payer ou de délaisser est tout autre chose, c'est la sommation de payer les créances hypothécaires et le commencement de l'expropriation. A ce titre, la sommation doit être écartée du débat; elle doit encore l'être si on la considère comme donnant un droit aux créanciers sur le prix; en effet, les créanciers ne somment pas le tiers détenteur de payer entre leurs mains le prix dont il est débiteur, ils n'ont pas ce droit; ils le somment de payer, comme détenteur d'un immeuble hypothéqué, les créances hypothécaires, s'il veut éviter l'expropriation. Si le tiers détenteur se décide à payer, ce n'est pas son prix qu'il distribue aux créanciers, il acquitte les dettes hypothécaires. Il en est tout autrement quand le tiers détenteur purge; alors il offre aux créanciers le prix dont il est débiteur, et les créanciers acquièrent un droit sur ce prix s'ils acceptent l'offre.

Enfin on dit que les intérêts dus par l'acquéreur doivent être compris parmi les charges qui font partie du prix; d'où suit que le tiers acquéreur les doit offrir aux créanciers avec le prix, dont ils sont un accessoire (1). Nous répondons, et la réponse est péremptoire, que les intérêts ne sont pas une charge faisant partie du prix. Quand l'acquéreur les doit-il? D'abord s'il a été ainsi convenu lors de la vente; ce sont les intérêts conventionnels qui, dans l'espèce, sont dus au vendeur, non pas comme une charge faisant partie du prix, mais comme un fruit civil dû en vertu de la dette contractée par l'acheteur; c'est un prêt

(1) Troplong, t. IV, n°s 929 et 930, et les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 521, note 42, et par Pont, t. II, p. 595, note 4.

à intérêt, un placement que fait le vendeur ; cela n'a rien de commun avec la valeur de la chose vendue, pas plus que les intérêts que payerait un tiers à qui le vendeur aurait prêté la somme constituant le prix. L'acheteur doit encore les intérêts quand la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus (art. 1651); dans ce cas, les intérêts sont une compensation de la jouissance qui appartient à l'acheteur; donc ce n'est pas une charge faisant partie du prix. En troisième lieu, l'acheteur doit les intérêts quand il a été sommé de payer : ce sont des intérêts moratoires, qui n'ont rien de commun avec les charges, ni avec la valeur de la chose vendue.

465. Il y a encore une difficulté. On suppose que l'acquéreur ne doit pas les intérêts en vertu de son contrat ni en vertu de la loi. Doit-il néanmoins les payer aux créanciers hypothécaires auxquels il offre son prix? On enseigne l'affirmative, par la raison que l'offre du prix implique virtuellement l'offre des intérêts (1). Cela nous paraît très-douteux. Qu'est-ce que l'acquéreur offre? Il déclare qu'il acquittera les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence du prix et des charges qui en font partie; or, le prix ne comprend pas virtuellement les intérêts, puisqu'il faut une stipulation du contrat ou une disposition de la loi pour les faire courir. L'acquéreur offre seulement ce qu'il doit, et il ne doit pas les intérêts en vertu de son contrat; donc il n'est pas tenu de les offrir.

466. L'article 110 ajoute que l'acheteur doit offrir son prix ou la valeur par lui déclarée, « sans déduction aucune au profit du vendeur ou de tout autre ». Il faut compléter cette disposition en posant en principe que l'offre du prix doit être pure et simple, sans aucune réserve ni restriction. Cela résulte de l'essence même de la purge; elle doit présenter aux créanciers l'avantage qu'ils retireraient de l'expropriation; or, la vente forcée leur donnerait un droit à la valeur intégrale de l'immeuble, représentée par le prix, et un droit qui s'exerce immédiatement,

(1) Aubry et Rau t. III, p. 521, et note 43, § 294.

telle doit aussi être l'offre que le tiers acquéreur fait aux créanciers.

Il a été jugé, par application de ce principe, que l'offre ne pouvait être conditionnelle ni hypothétique; en effet, les créanciers ont droit au payement actuel, immédiat et intégral. La cour de Toulouse a annulé l'offre et, par suite, les notifications, parce que l'acquéreur s'était réservé l'action en diminution du prix pour défaut de contenance (1); il en résultait que la valeur offerte était incertaine; ce qui est contraire au principe de la purge et incompatible avec la procédure que la loi organise. Comment les créanciers exerceront-ils leur droit de surenchère, quand ils ne savent pas d'une manière précise la valeur qu'on leur offre? Par contre, il a été mal jugé par la cour d'Orléans, qui a validé des offres, bien que la détermination du prix fût subordonnée à un arpentage (2). Les créanciers pouvaient-ils prendre un parti sur de pareilles offres? accepter un prix dont ils ignoraient le chiffre? surenchérir sur un prix qui pouvait être suffisant?

467. Le nouveau propriétaire pourrait-il se prévaloir des stipulations de son contrat si ces clauses dérogeaient aux conditions que la loi prescrit pour la purge? Non, certes; car le contrat auquel les créanciers sont restés étrangers ne peut leur être opposé (3). Ainsi le vendeur a accordé à l'acheteur des termes pour le payement du prix; l'acheteur n'est pas admis à offrir son prix conformément à ces stipulations : il doit offrir de payer immédiatement, de même que l'adjudicataire, en cas d'expropriation, serait tenu de payer de suite. La jurisprudence est constante en ce sens; il est inutile d'y insister, puisqu'il n'y a aucun doute (4).

Un contrat de vente portait que le prix d'acquisition serait compensé partiellement avec ce que le vendeur devait à l'acheteur. Celui-ci prétendit opposer cette clause aux

(1) Toulouse, 17 juillet 1844 (Dalloz, 1845, 2, 71).
(2) Orléans, 8 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 86). Martou, t. IV, p. 97, nº 1423.
(3) Pont, t. II, p. 594, nº 1318. Comparez Rejet, 28 mai 1817 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 2151).
(4) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 518, note 30, § 294.

créanciers. Il va sans dire que sa prétention a été rejetée (1). Le nouveau propriétaire doit tout son prix aux créanciers, et il ne pouvait y avoir de compensation que si les créanciers étaient ses débiteurs.

468. L'acheteur ne peut faire aucune déduction de son prix; la loi belge le dit, et en termes absolus : « Sans déduction *aucune* au profit du *vendeur* ou de *tout autre* (art. 113) ». Cette disposition s'applique-t-elle aux bénéfices de paumée, c'est-à-dire de mise à prix et d'enchères, stipulés dans l'acte d'adjudication? Il y a controverse et doute. Nous devons d'abord rappeler quel est cet antique usage, qui s'est perpétué dans nos provinces et dans le nord de la France. On paye une prime déterminée par le contrat à celui qui fait la première mise à prix et à celui qui enchérit sur cette mise. Les affiches qui annoncent la vente contiennent la déclaration qu'elle se fera avec bénéfice de paumée et d'enchères, sur le pied usité. On demande si l'acquéreur qui purge peut déduire ces primes qu'il a été obligé de payer. Sous l'empire du code civil, il a été jugé qu'il pouvait faire cette déduction. La cour de Bruxelles se fonde sur l'usage traditionnel, connu de tout le monde, et porté d'ailleurs à la connaissance du public par les affiches. Elle ajoute, et cette considération est importante, que dans nos usages, les primes payées aux paumeurs et enchérisseurs sont censées stipulées dans l'intérêt du vendeur et des créanciers hypothécaires, puisque l'on suppose que par ce moyen les biens seront portés à un plus haut prix. Dans cet ordre d'idées, il paraît juste de faire supporter aux créanciers des frais qui leur profitent (2). Toutefois il est douteux que cette jurisprudence soit applicable sous l'empire de la loi nouvelle. L'article 113 est si précis et si absolu, qu'il paraît difficile d'admettre une retenue quelconque : tout le prix doit être offert aux créanciers et distribué entre eux. Ce qui confirme cette opinion, c'est que les créanciers restent étrangers à la vente; la publicité qui lui est donnée et les usages ne peuvent pas avoir pour effet

(1) Liége, 18 mai 1811 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2172, 2°).
(2) Bruxelles, 15 juin 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 1[illegible]4).

que les créanciers soient censés accepter les conditions d'un contrat dans lequel ils n'interviennent point (1).

469. Si l'acquéreur ne faisait pas aux créanciers l'offre de leur distribuer son prix, ou si cette offre n'était pas conforme aux dispositions de la loi, il en résulterait que les notifications seraient nulles, et, par suite, le tiers détenteur pourrait être déchu de la faculté de purger (n° 463). C'est l'application des principes que nous avons posés, sauf que, dans l'espèce, la question est de droit plutôt que de fait. L'offre de payer le prix aux créanciers est de l'essence de la notification; sans cette offre, il n'y a pas de purge, tandis que les autres formalités des notifications ont seulement pour objet d'éclairer les créanciers sur le parti qu'ils doivent prendre; mais il ne peut pas s'agir d'accepter l'offre ni de la refuser, si l'acquéreur n'a pas fait d'offre ou si l'offre n'est pas faite dans les termes de la loi. On peut dire, dans ce cas, que l'offre est plus que nulle, qu'elle est inexistante (2).

Nous disons que l'offre doit être faite dans les termes de la loi. Cela ne veut pas dire que le tiers acquéreur doive reproduire le texte de l'article 113 (code civil, art. 2184); la condition concerne l'essence de l'offre et non la forme. Il ne peut s'agir de termes sacramentels. Tout le monde est d'accord sur ce point; quant à l'application, c'est une question d'intention. La cour de Turin a admis une interprétation très-large, que les uns critiquent et que les autres approuvent. Nous n'entrons pas dans ce débat, puisqu'il serait inutile; les tribunaux, en cette matière, jugeront toujours, non d'après la doctrine, mais d'après les circonstances de la cause, et ils ont raison (3).

470. L'article 113 ajoute que « le nouveau propriétaire jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire et qu'il observera ceux stipulés contre ce dernier ». C'est le principe de la loi du 11 brumaire an VII, et il est de toute

(1) Martou, t. IV, p. 98, n° 1426.
(2) Martou, t. IV, p. 104, n° 1428. Aubry et Rau, t. III, p. 518, § 294.
(3) Turin, 2 mars 1811 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2110). Comparez, en sens divers, Grenier, Duranton, Troplong, et les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 104, n° 1428, note 3.

justice. La loi maintient les contrats qui lient les parties contractantes ; s'il y a un terme stipulé, il subsiste, soit en faveur du débiteur, soit en faveur du créancier. Il n'y a aucune raison pour dépouiller les parties contractantes d'un droit qu'elles tiennent de la convention. La loi ajoute cette réserve : « sauf disposition contraire dans les titres de créances. » Il va de soi que, dans une matière d'intérêt privé, il est permis aux parties de déroger à la loi.

Le code civil obligeait le tiers détenteur à payer les créanciers inscrits, sans distinction des dettes exigibles et non exigibles. Cette disposition avait été admise par le conseil d'Etat, sur la proposition de Tronchet, par une assez mauvaise raison, c'est que le créancier à terme ne pouvant être payé immédiatement, il en résultait que la purge était entravée. Nous allons dire comment la loi belge pourvoit à cet inconvénient, tout en respectant les droits acquis. C'est cette dernière considération qui doit toujours être décisive pour le législateur : quant aux inconvénients qu'une loi d'intérêt privé présente, il est facile aux parties de les prévenir par leurs stipulations (1).

471. Le § 3 de l'article 113 porte : « Les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile seront immédiatement exigibles, vis-à-vis du nouveau propriétaire, jusqu'à cette concurrence, et pour le tout à l'égard du débiteur. » Cette disposition se rattache à l'article 1188. Le débiteur est déchu du bénéfice du terme quand, par son fait, il diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. On demandait, sous l'empire du code, si l'aliénation des immeubles hypothéqués était une cause de déchéance. L'article 113 décide la difficulté. Lorsque l'acquéreur procède à la purge et que le créancier à terme n'est colloqué que pour une partie de sa créance, le débiteur est déchu du bénéfice du terme. Le rapporteur de la chambre en dit la raison. Le créancier reçoit un payement partiel, puisqu'il n'est colloqué que pour une partie de sa créance; c'est une dérogation à

(1) Martou, t. IV, p. 104, nos 1429-1431. Rapport de la commission spéciale, p. 59 et suiv.

la loi du contrat, et c'est par le fait du débiteur qui a aliéné que ce payement partiel a lieu ; il manque donc indirectement à ses obligations. On assimile cette inexécution à une diminution de sûretés, et l'on permet en conséquence au créancier d'agir immédiatement contre le débiteur principal pour tout ce qui lui est dû, et contre le tiers acquéreur jusqu'à concurrence de sa collocation (1).

472. Cette disposition ne reçoit pas d'application dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. D'après la loi du 17 avril 1835 (art. 22) le créancier qui, par le résultat d'un ordre ouvert pour la distribution de l'indemnité, n'obtient pas une collocation pour la totalité de la créance ne peut, pour cause de morcellement de son hypothèque ou de division de sa créance, exiger le remboursement de ce qui lui reste dû. La raison de cette disposition est que le créancier n'est pas privé du droit au payement intégral par le fait du débiteur, mais par l'expropriation, c'est-à-dire par un cas de force majeure dont le débiteur n'est pas responsable.

N° 2. EFFET DE L'OFFRE.

473. Le mot *offre*, dont nous nous servons à l'exemple de tous les auteurs, ne se trouve pas dans la loi ; le texte dit que le nouveau propriétaire déclarera, dans ses notifications, qu'il acquittera les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix. C'est une promesse ou un engagement qu'il prend. Si les créanciers l'acceptent en laissant passer les quarante jours qui leur sont accordés pour surenchérir, sans requérir la mise aux enchères, alors il n'y a aucun doute ; la déclaration faite par l'acquéreur devient irrévocable. C'est l'expression d'un arrêt de la cour de cassation, et la cour en conclut que l'acquéreur ne peut dès lors s'affranchir de l'obligation personnelle qui en résulte pour lui, ni directement en délaissant l'immeuble, ni indirectement en demandant, comme il l'avait fait dans l'espèce, la résolution du contrat de son vendeur, en

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 160). Martou, t. IV, p. 111, n° 1432.

vertu d'une subrogation consentie par le vendeur originaire, car c'était faire tomber son propre contrat d'acquisition (1).

Quel est l'effet de l'offre ou de la déclaration pendant le délai de quarante jours, avant toute acceptation des créanciers? Sur ce point il y a controverse et doute : si l'on s'en tient aux principes qui régissent l'offre et l'acceptation, il faut dire que le tiers acquéreur n'est pas lié par la déclaration qu'il a faite; que, par suite, il peut la révoquer tant qu'elle n'a pas été acceptée par les créanciers (2). C'est ce que la cour de cassation dit implicitement dans l'arrêt que nous venons de citer. On objecte que le principe qui permet au pollicitant de révoquer son offre reçoit exception dans le cas où l'offre est faite avec faculté de l'accepter dans un certain délai; une offre ainsi limitée, dit-on, implique l'engagement virtuel de la maintenir pendant ce délai (3). Nous répondons que cette restriction est incompatible avec les principes qui régissent les obligations. Il est impossible qu'il y ait une convention sans concours de consentement, puisque la convention n'est autre chose qu'un concours de volontés. Quant au délai que le pollicitant fixe pour l'acceptation de son offre, il s'explique sans que l'on admette l'existence d'une obligation; régulièrement l'offre subsiste tant qu'elle n'a pas été révoquée; tandis que si un délai est fixé pour l'acceptation, et si, dans ce délai, l'offre n'est pas acceptée, il n'est pas nécessaire de révoquer l'offre, elle est révoquée par le seul fait de l'expiration du délai. Dans l'espèce, la loi elle-même détermine les effets du délai de quarante jours, et elle ne dit point que l'acquéreur est lié par sa seule offre, indépendamment de son acceptation; or, par cela seul qu'elle ne déroge pas aux principes généraux, elle les maintient. Du principe que l'acquéreur n'est pas lié par son offre suit qu'il peut la rétracter; dans ce cas, la procédure en purgement tombe, puisque la condition essentielle de la purge fait défaut.

(1) Rejet, chambre civile, 4 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 83).
(2) Martou, t. IV, p. 113, n° 1436. Troplong, t. IV, n°s 931 et 931 *bis*.
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 518, note 34, § 294, et les autorités qu'ils citent.

A plus forte raison l'acquéreur peut-il la modifier en diminuant le montant du prix ou de la valeur qu'il offre; il devra, dans ce cas, faire de nouvelles notifications qui serviront de point de départ pour l'exercice du droit de surenchère.

474. Si les créanciers n'acceptent pas l'offre du tiers acquéreur, la loi leur donne le droit de requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques. Le tiers acquéreur pourrait-il s'opposer à l'exercice de ce droit en disant que son offre étant refusée, elle est censée n'avoir jamais été faite, et que, par suite, il rentre dans tous ses droits, qu'il peut notamment délaisser l'immeuble? Non, sur ce point tout le monde est d'accord; mais il importe de préciser quel est le véritable motif de décider. On dit d'ordinaire que la procédure est liée et que l'une des parties ne peut plus s'en désister sans le consentement de l'autre (1). Cela est vrai quand les créanciers ont signifié à l'acquéreur qu'ils sont enchérisseurs. Mais nous supposons qu'ils n'ont pas encore fait de surenchère, bien qu'ils aient déclaré qu'ils refusent l'offre du nouveau propriétaire. Même dans cette hypothèse, ils ont le droit de surenchérir sans que le tiers acquéreur puisse les en empêcher. En effet, l'offre qu'il a faite est complexe; elle ne consiste pas simplement pour le créancier à accepter ou à refuser, elle consiste aussi à surenchérir, donc du moment où les créanciers déclarent refuser l'offre, ils ont le droit et l'obligation même de surenchérir; partant, le tiers détenteur ne peut entraver l'exercice de ce droit, qui est en même temps une obligation.

475. Quand les créanciers acceptent l'offre du nouveau propriétaire, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé par le contrat ou déclaré dans les notifications (art. 116; code civil, art. 2186). L'acceptation forme une convention entre le tiers acquéreur et les créanciers auxquels la notification a été faite, et toute convention est irrévocable. De là suit qu'il ne peut plus rétracter son offre, ni directement ni indirectement. Le principe est incontestable. L'acquéreur subrogé aux droits d'un

(1) Troplong, t. IV, n° 931 *bis*. Martou, t. IV, p. 113, n° 1437.

précédent vendeur non payé, peut agir, de ce chei, en résolution de la vente, ce qui fait tomber sa propre acquisition. Le peut-il encore s'il a fait des offres aux créanciers inscrits? Tant que l'offre n'a pas été acceptée, il peut la révoquer tacitement, donc il a le droit d'agir en résolution; mais si l'offre est acceptée, il ne peut plus demander la résolution de la vente, puisqu'il en résulterait que sa propre acquisition viendrait à tomber, ce qui ferait aussi tomber les offres. Dans l'opinion qui donne effet aux offres non acceptées, l'acquéreur ne pourrait pas même agir en résolution avant l'acceptation (1).

Il faut appliquer la même distinction au cas où l'acquéreur aurait indiqué un prix sans tenir compte d'une diminution de prix qu'il avait le droit de réclamer. Avant l'acceptation de l'offre, il peut la révoquer sans motiver son changement de volonté, à plus forte raison lorsqu'il a un motif. Dans l'opinion contraire on lui conteste ce droit, par cela seul qu'il a fait une offre (2).

Dans toute hypothèse, l'acquéreur peut rectifier les erreurs de calcul qu'il aurait commises : c'est le droit commun. Et s'il avait subi une éviction, il peut toujours demander une réduction proportionnelle du prix, car il ne doit pas payer aux créanciers au delà de son prix (3). La loi dit, il est vrai, que la fixation du prix ou de la valeur est définitive, mais cela est trop absolu, comme nous le dirons plus loin.

N° 3. QUI PEUT FAIRE L'OFFRE.

476. Quelle est la capacité requise pour faire la déclaration exigée par l'article 113 (code civil, art. 2184)? Le nouveau propriétaire s'engage à payer son prix aux créanciers hypothécaires; il devient débiteur personnel. De là suit qu'il doit avoir la capacité de payer et la capacité de

(1) La jurisprudence est divisée. Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 519, § 294, note 35.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 519, § 294, note 36.
(3) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 519, § 294, notes 37 et 38.

s'obliger. Il ne suffit pas, comme on l'enseigne (1), qu'il ait la capacité de payer; cette capacité est plus restreinte que celle de s'obliger; il y a des personnes qui peuvent payer et qui n'ont pas le pouvoir illimité de s'obliger. Or, le tiers détenteur n'est pas débiteur comme tel; il n'a donc aucune qualité pour payer. Il doit d'abord s'engager à payer, c'est-à-dire contracter avec les créanciers; c'est seulement après cela qu'il a le droit et le devoir de payer. La condition essentielle requise pour la capacité de purger, est donc que le tiers acquéreur puisse s'obliger valablement à payer les dettes hypothécaires.

477. Le tuteur peut-il faire la déclaration de l'article 113 (code civil, art. 2184)? C'est demander s'il a le droit de contracter des obligations au nom du mineur. La loi lui donne seulement le pouvoir d'administrer, et, par suite, de s'obliger dans les limites de cette administration. Or, purger n'est pas un acte d'administration, c'est obliger le mineur personnellement, alors qu'il est seulement tenu comme détenteur d'un immeuble hypothéqué. Il ne faut donc pas dire, comme on le fait, que le tuteur peut purger parce qu'il peut payer; car le pupille n'est pas débiteur.

Si le tuteur n'a pas qualité pour purger comme administrateur, le pourra-t-il avec l'autorisation du conseil de famille? ou lui faut-il de plus l'homologation du tribunal? Il y a doute; l'intervention de la justice n'est requise que pour les actes de disposition; or, purger n'est pas aliéner, c'est, au contraire, un moyen légal de conserver une acquisition. Mais la loi se montre plus sévère en matière hypothécaire; elle exige la capacité d'aliéner pour délaisser, bien que le détenteur qui délaisse n'aliène pas. On ne peut pas même dire que le délaissement conduise à l'aliénation; c'est l'exercice du droit hypothécaire qui y conduit. Or, dans le cas de purge, le tiers détenteur peut aussi être exproprié; cela arrive quand un créancier requiert la mise de l'immeuble aux enchères publiques, et tout créancier a ce droit. Par voie d'analogie, il faut donc décider que le tu-

(1) Martou, t. IV, p. 114, n° 1438.

teur ne peut purger qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (1).

478. Il va sans dire que le mineur émancipé ne peut purger, si l'on admet notre opinion concernant le droit du tuteur. On doit appliquer l'article 484, aux termes duquel le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. En théorie, on pourrait assimiler la purge à un acte d'administration, puisqu'elle a pour objet de consolider une acquisition, en effaçant les priviléges et les hypothèques qui grèvent l'immeuble; mais en présence des dispositions de la loi que nous venons de citer, cela nous paraît impossible.

Par identité de raison, nous croyons que les prodigues et les faibles d'esprit ne pourraient purger qu'avec l'assistance de leur conseil (art. 499 et 513). Cela est même admis par ceux qui permettent au tuteur de purger sans autorisation du conseil de famille(2); ce qui nous paraît peu logique.

479. Quant aux femmes mariées, il est certain qu'il leur faut l'autorisation du mari ou de justice, puisque la loi les place parmi les personnes incapables de contracter (art. 1124); or, celui qui purge s'oblige à l'égard des créanciers hypothécaires, donc il contracte. Alors même que par contrat de mariage la femme aurait stipulé la libre administration de ses biens, elle n'acquerrait pas la capacité de purger; car la femme séparée de biens ne peut s'obliger que dans les limites de l'administration de ses biens; de sorte que la difficulté est toujours de savoir si la purge est un acte d'administration; à notre avis, on doit légalement l'assimiler à un acte d'aliénation (n° 477).

§ IV. *Des créanciers privilégiés qui peuvent intenter l'action résolutoire.*

480. Il y a des créanciers qui, outre le privilége, ont une action en résolution du contrat par lequel l'immeuble

(1) Voyez, en sens divers, Grenier, t. II, n° 459. Troplong, t. IV, n° 923, suivi par Martou, n° 1438.
(2) Martou, t. IV, p. 115, n° 1439.

grevé de charges hypothécaires a été transmis : ce sont le vendeur, le copermutant et le donateur. Le double droit dont ils jouissent compromettait la sécurité des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires, dans le système du code civil. Nous avons dit, en expliquant l'article 28, comment la loi belge a remédié au vice du code Napoléon (t. XXXI, nos 120-145). Pour compléter nos explications, il nous reste à voir ce que le législateur a prescrit en matière de purge. En ce point, la théorie du code était également très-défectueuse. Le droit de résolution survivait à la purge, et par conséquent la rendait illusoire : le tiers acquéreur se croyait à l'abri de tout danger d'éviction quand il avait effacé les priviléges et les hypothèques dont l'immeuble était affecté, et il se trouvait évincé par l'exercice de l'action résolutoire que le vendeur conservait malgré l'extinction de son privilége. On ne peut pas purger le droit de résolution comme on purge les hypothèques, puisque la condition résolutoire ne constitue pas un droit réel, bien qu'elle réagisse contre les tiers. Le législateur a dû laisser au créancier privilégié l'exercice d'un droit qu'il tient de son contrat, mais il lui impose l'obligation de l'exercer, s'il y trouve son intérêt, pendant la procédure de la purge ; de sorte que, dans toute hypothèse, les intérêts des tiers acquéreurs sont sauvegardés, puisqu'ils ne payent le prix que lorsque la purge est terminée.

481. Tel est l'objet de l'article 114 qui porte : « Si parmi les créanciers se trouve un vendeur ayant à la fois le privilége et l'action résolutoire, il aura quarante jours, à partir de la notification à lui faite, pour opter entre ces deux droits, sous peine d'être déchu de l'action en résolution et de ne pouvoir plus réclamer que son privilége. » La loi, dans le § 1er, ne mentionne que le vendeur, mais le dernier alinéa ajoute que les dispositions de l'article 114 sont applicables au copermutant et au donateur.

La loi donne à ces créanciers quarante jours pour opter entre le privilége et l'action résolutoire ; ce délai court à partir de la notification qui leur est faite. Notification doit leur être faite, comme à tous les créanciers inscrits (art. 110 ; code civil, art. 2183). Si les créanciers

privilégiés, vendeur, copermutant et donateur, n'avaient pas conservé leur privilége, en ne renouvelant pas l'inscription, le privilége serait éteint, ainsi que leur action résolutoire, puisque, dans le système de la loi belge, l'action résolutoire est subordonnée à la conservation du privilége. La notification que le tiers acquéreur fait aux créanciers les met en demeure d'opter entre le privilége et l'action résolutoire. Ils ont quarante jours pour délibérer; le délai se compte d'après le droit commun, c'est-à-dire qu'on en exclut le jour où la notification est faite, afin qu'il soit complet. Le délai est de rigueur; il suffit que les créanciers aient gardé le silence pour qu'ils soient déchus de l'action en résolution; ils sont censés avoir opté pour le privilége par cela seul qu'ils ne déclarent pas leur intention d'agir en résolution. L'intérêt des tiers, qui se confond avec l'intérêt général, ne permet pas que le droit de résolution survive à la purge; il fallait donc imposer aux créanciers l'option entre les deux droits dont ils jouissent; ils ne peuvent pas s'en plaindre, puisque la loi leur conserve ces droits, elle les force seulement à en user de manière à ne pas compromettre les droits des tiers.

482. Si les créanciers optent pour la résolution du contrat de vente, d'échange ou de donation, ils doivent, à peine de déchéance, le déclarer au greffe du tribunal devant lequel l'ordre doit être poursuivi. La déclaration est un acte solennel; si elle était faite ailleurs qu'au greffe du tribunal compétent, elle serait inopérante; par suite, la déchéance serait encourue et la procédure de la purge continuerait.

La déclaration doit être faite dans le délai de quarante jours, et elle doit être suivie dans les dix jours de la demande en résolution. Ce délai de dix jours est-il prescrit à peine de déchéance, comme le délai de quarante jours? La loi ne le dit pas, c'est une négligence de rédaction. Si l'on s'en tient à l'esprit de la loi, il n'y a aucun doute. Le législateur prescrit des délais très-courts dans le but de ne pas entraver trop longtemps la procédure de purge, procédure qui laisse la propriété incertaine, puisque en cas de surenchère il y aura une vente nouvelle. Il faut donc dire

que le délai de dix jours est de rigueur, aussi bien que celui de quarante jours. Il eût été certes plus régulier de le dire, puisqu'il s'agit d'une peine ; mais l'esprit de la loi est si évident et la volonté du législateur si certaine, que nous n'hésitons pas à combler la lacune que présente le texte, en nous appuyant sur la déchéance virtuelle, de même que la doctrine et la jurisprudence admettent des nullités virtuelles (1).

483. Quelle est l'influence de l'option du créancier sur la purge? L'article 114 répond qu'à partir du jour où le créancier aura opté pour l'action résolutoire, la purge sera suspendue. La suspension est une nécessité; en effet, si la résolution est prononcée, le tiers acquéreur sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; il ne peut donc plus être question de purge. En attendant que le tribunal prononce, la procédure de purge doit être suspendue; l'action résolutoire a son cours; si elle est admise, elle résoudra le droit du tiers acquéreur, ainsi que les droits des créanciers hypothécaires, qui tiennent leur hypothèque d'un acquéreur dont les droits sont résolus, par application du principe que la résolution des droits du concédant entraîne celle des droits par lui concédés. Nous avons dit, en expliquant l'article 28, comment la loi a cherché à concilier les droits du créancier qui agit en résolution avec les droits des tiers.

L'action résolutoire suspend seulement la procédure de purge, elle ne l'anéantit pas; aux termes de l'article 114, la purge pourra être reprise après la renonciation, de la part du vendeur, à l'action résolutoire, ou après le rejet de cette action. Ainsi le créancier, après avoir opté pour la résolution, peut abandonner l'action résolutoire et exercer son privilége; en ce sens, l'option n'est pas définitive jusqu'à ce que la résolution soit prononcée. Le tribunal peut aussi rejeter la demande en résolution : le créancier conservera-t-il, dans ce cas, son privilége? Cela dépend du motif pour lequel la résolution a été rejetée. Si c'est parce que le créancier est déchu du privilége et, par suite, du droit de

(1) C'est l'opinion de Martou, t. IV, p. 118, n° 1443.

résolution, il ne peut plus s'agir d'exercer un privilége éteint. Mais le rejet de l'action en résolution n'implique pas nécessairement déchéance des deux droits; il se peut que le créancier ait renoncé à la résolution sans abdiquer le privilége; dans ce cas, la demande en résolution devra être rejetée et le créancier conservera néanmoins son privilége. Quel que soit le motif pour lequel l'action résolutoire est rejetée, la purge reprendra son cours. Le tiers acquéreur sera à l'abri de l'action résolutoire, ainsi que l'adjudicataire, si l'immeuble est remis aux enchères. En ce sens, la procédure de purge efface l'action résolutoire. Si, au contraire, la résolution est prononcée, la procédure de purge tombe; on applique, dans ce cas, les principes qui régissent la condition résolutoire tacite, tels que nous les avons exposés au titre des *Obligations* et au titre de la *Vente*.

§ V. *Droit des créanciers à requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques.*

Nº 1. QUAND Y A-T-IL LIEU A L'EXERCICE DE CE DROIT?

484. L'article 115 (code civil, art. 2185) porte : « Lorsque le nouveau propriétaire a fait la notification ci-dessus énoncée dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques. » C'est ce qu'on appelle le droit de surenchère. C'est, à vrai dire, une enchère, comme la loi l'appelle (art. 110, 2°). Elle a pour objet de remettre l'immeuble en vente, si le prix ou la valeur déclarés par le tiers acquéreur ne sont pas ou ne paraissent pas aux créanciers la représentation exacte de la valeur de l'immeuble qui leur est hypothéqué. Ce droit tient à l'essence même de la purge. Nous avons dit que la purge n'est pas une dérogation au droit des créanciers hypothécaires, qu'elle en est plutôt la réalisation. Les créanciers ont droit à la valeur de l'immeuble qui leur sert de gage; régulièrement ils obtiennent cette valeur par l'expropriation; la purge tient lieu de la vente forcée, en ce sens que le tiers acquéreur offre aux créanciers son prix, ou la valeur de l'héritage s'il

l'a acquis à un autre titre que celui de vente. La purge s'arrête là si les créanciers trouvent cette offre suffisante; mais s'ils la jugent insuffisante, s'ils espèrent que l'immeuble mis aux enchères publiques sera vendu pour un prix plus élevé, ils doivent avoir le droit de requérir la revente, comme ils avaient le droit de poursuivre l'expropriation; la purge devient alors une vente forcée. Si la purge devait aboutir régulièrement à une enchère, le législateur aurait eu tort de la permettre, puisqu'elle multiplie les frais et qu'elle oblige les créanciers qui usent du droit de surenchère à se porter eux-mêmes enchérisseurs; ce qui peut leur être désavantageux. Mais la surenchère, dans l'esprit de la loi et dans la réalité, n'est qu'une garantie accordée aux créanciers contre les tiers acquéreurs qui n'offriraient pas la vraie valeur de l'immeuble aux créanciers. Sachant qu'en cas d'insuffisance il y aura surenchère, les tiers acquéreurs l'éviteront naturellement en faisant des offres que les créanciers ont intérêt à accepter; et alors même que ces offres n'atteindraient pas tout à fait le prix qu'une adjudication publique procurerait, elle est néanmoins plus favorable aux créanciers qu'une vente forcée; car la purge sans l'enchère est peu coûteuse, tandis que les frais de l'expropriation sont considérables et diminuent, par conséquent, le gage des créanciers. Telle est la purge, dans l'esprit de la loi : le droit de surenchère en est l'élément essentiel, puisqu'il assure aux créanciers la valeur de leur gage.

485. Quand les créanciers peuvent-ils user du droit de surenchère? Ce que nous venons de dire répond à la question. La surenchère est une garantie que la loi donne aux créanciers contre les offres insuffisantes des tiers acquéreurs qui veulent purger l'immeuble; elle suppose donc que la procédure de purge est entamée par les notifications faites aux créanciers. Le texte même de la loi le dit : « Lorsque le nouveau propriétaire a fait la notification de l'article 110 (code civil, art. 2183) dans le délai fixé, tout créancier inscrit peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères » (art. 115; code civil, art. 2185). Il faut donc que des notifications aient été faites conformément à la loi

et dans le délai qu'elle prescrit, pour que les créanciers aient le droit de demander la mise aux enchères de l'immeuble que le tiers acquéreur veut purger. Il y a cependant des arrêts qui ont admis la surenchère sans que l'acquéreur eût commencé la procédure de la purge, sans qu'il eût fait aucune notification. De pareilles décisions déconsidèrent la jurisprudence; elles font croire que rien n'est certain en droit, et que la justice est une loterie où il y a plus de mauvais lots que de bons. On lit dans ces arrêts que la loi ne prescrit pas sous peine de nullité que les notifications doivent précéder les enchères. Nous répondons que si la loi ne le disait pas, le bon sens le dirait : peut-il être question d'une garantie contre l'exercice de la purge, alors qu'il n'y a pas de purge? Qu'importe que la loi ne prononce pas la nullité d'une surenchère faite sans notifications? Il ne s'agit pas de nullité, il s'agit de savoir quand la surenchère est recevable; or, sur ce point, la loi est aussi claire que possible : c'est après que le nouveau propriétaire a notifié aux créanciers la volonté de purger, en offrant son prix aux créanciers inscrits, que ceux-ci peuvent refuser cette offre en requérant la mise aux enchères. Conçoit-on qu'une cour décide que les créanciers ont le droit de refuser des offres qui ne leur sont pas faites? Inutile d'insister davantage, la doctrine n'a tenu aucun compte de ces étranges décisions; elles devraient apprendre une chose aux praticiens, c'est que les arrêts ne sont pas des oracles (1).

N° 2. QUI PEUT SURENCHÉRIR?

486. L'article 115 (code civil, art. 2185) répond : « *Tout* créancier dont le titre est inscrit. » Il faut que le titre soit inscrit, puisqu'il s'agit d'exercer un droit hypothécaire, et l'exercice de l'hypothèque est subordonné à l'inscription, qui seule la rend efficace à l'égard des tiers. De là suit que

(1) Voyez les arrêts de Limoges et de Rennes, cités par Aubry et Rau, t. III, p. 523, note 48, § 294. La cour de Limoges a fini par revenir sur sa jurisprudence. Limoges, 24 avril 1863 (Dalloz, 1863, 2, 173). Comparez Martou, t. IV, p. 152, n° 1498, et Pont, t. II, p. 617, n° 1354.

le fait matériel de l'inscription ne suffit point pour que le créancier ait le droit de surenchérir, il faut que l'inscription soit la manifestation régulière d'un droit hypothécaire. C'est ce que la cour de Caen a très bien établi. En principe, quand la loi exige un acte comme base d'une action, elle entend un acte régulier conforme à ses prescriptions; c'est en ce sens qu'elle dit que les créanciers *inscrits* sur un immeuble ont le droit de suite; l'inscription doit être efficace, et elle ne l'est que si elle est prise pour la conservation d'un droit efficace et dans les délais et selon les formes requises par la loi. Si une inscription était prise pour une créance hypothécaire, alors que l'hypothèque serait nulle, ou la créance éteinte, le créancier ne pourrait certes pas exercer le droit de suite, car c'est son hypothèque qui lui donne ce droit, ce n'est pas l'inscription, l'inscription n'est que la manifestation légale du droit. On objectait, dans l'espèce jugée par la cour de Bourges, que la surenchère, une fois notifiée, existe dans l'intérêt de tous les créanciers inscrits, de sorte que le désistement du créancier qui a surenchéri ne les priverait pas du bénéfice de la surenchère; et on en prétendait induire que l'inscription suffisait pour valider la surenchère au profit des autres créanciers. C'était très-mal raisonner; si la surenchère profite à tous les créanciers, c'est sous la condition qu'elle soit valable; si elle est nulle, il faut appliquer le principe que ce qui est nul ne produit aucun effet (1).

Ainsi la surenchère serait nulle si l'inscription avait été faite à une époque où la loi ne permet plus de la prendre, par exemple après la transcription de l'acte translatif de propriété, en vertu duquel le tiers détenteur possède l'immeuble. Le créancier a, dans ce cas, une hypothèque, mais c'est une hypothèque inefficace, puisqu'elle ne peut plus être inscrite, et sans inscription il n'y a point d'action hypothécaire. Par application du même principe, il a été jugé que la surenchère est nulle lorsque l'inscription a été faite sans être fondée sur la loi ni sur un titre; on peut

(1) Caen, 29 février 1844 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 216). Pont, t. II, p. 609, n° 1340

dire que cette inscription est inexistante, car elle est fondée sur le néant, et elle-même est le néant. Il en serait de même si le titre était éteint; sans titre, il ne saurait y avoir d'inscription, et celle qui serait prise n'aurait qu'une apparence d'existence; en réalité, ce serait le néant (1).

487. Il a été jugé que le créancier qui a donné mainlevée de l'inscription peut encore surenchérir tant que l'inscription n'est pas radiée. Cela peut se soutenir si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que la mainlevée n'a d'effet qu'après que la radiation a été opérée sur les registres (n° 225); il y a, dans ce cas, une inscription véritable, efficace; par conséquent, on est dans les termes de la loi. La cour de cassation ne paraît pas l'entendre ainsi; elle a décidé, en termes absolus, que le *titre apparent, quel qu'il soit,* donne au créancier le droit de surenchérir (2). Cette décision est critiquée par tous les auteurs, et avec raison (3). Quand la loi exige que le titre soit *inscrit* pour que le créancier puisse surenchérir, elle ne se contente pas d'une apparence d'inscription, elle veut une inscription réelle, efficace; or, si l'on admet que la mainlevée suffit pour que l'inscription soit effacée, il faut en conclure que le créancier qui a donné mainlevée n'a plus de titre inscrit et que, partant, il ne peut surenchérir.

488. Une inscription périmée est considérée comme n'ayant jamais été prise; donc le créancier ne peut plus surenchérir, quand même l'inscription ne serait pas radiée; elle l'est en vertu de la loi, puisqu'elle perd tous ses effets. Il en serait ainsi alors même que l'inscription aurait encore été efficace lors de la vente et de la transcription, mais qu'elle fût périmée lors de la surenchère; car c'est au moment où le créancier surenchérit qu'il doit avoir le droit d'agir. Le contraire a été jugé par la cour de Liége; elle dit que le créancier avait un droit acquis (4). Cela n'est pas exact; il n'y a pas de droit acquis en matière d'inscription

(1) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 128, n° 1456, et Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 49.
(2) Rejet, 23 avril 1807 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 48).
(3) Delvincourt, Persil, Martou (t. IV, p. 128, n° 1456).
(4) Liége, 7 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 153). En sens contraire, Martou, t. IV, p. 126, n° 1453.

hypothécaire, en ce sens que l'inscription nécessaire pour l'exercice d'un droit doit nécessairement exister au moment où ce droit est exercé.

489. Que faut-il décider si l'inscription ne s'est périmée qu'après la mise aux enchères? Il est certain que, dans ce cas, le créancier a eu le droit de surenchérir et que la surenchère est valable. La difficulté est de savoir qui y peut donner suite. A notre avis, le créancier dont l'inscription se périme ne peut plus figurer dans la procédure. Quel est son but en surenchérissant? C'est que l'immeuble soit porté à sa véritable valeur, afin qu'il puisse jouir de son droit de préférence sur le prix; or, ce droit, il ne peut l'exercer que si son inscription est conservée; si elle est périmée, il n'est plus considéré que comme créancier chirographaire, et, comme tel, il n'a aucun des droits attachés à l'hypothèque. Les autres créanciers pourront profiter de la surenchère en poursuivant la vente; en effet, il est de principe (art. 120; code civil, art. 2190) que la surenchère faite par l'un des créanciers profite aux autres; nous reviendrons plus loin sur ce point.

La jurisprudence française est en ce sens (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique qui décide, en termes absolus, que le créancier dont le titre était inscrit lors de la surenchère peut continuer la procédure, quand même son inscription viendrait à se périmer (2). La décision a été critiquée (3), et il nous semble aussi qu'elle manque de l'exactitude qui distingue la jurisprudence de notre cour suprême. La cour pose en principe que l'inscription est principalement requise pour assurer le droit de préférence. Cela est déjà trop absolu; sans doute l'objet principal de l'hypothèque et, par conséquent, de l'inscription est de donner et de conserver au créancier un droit de préférence; mais ce droit s'exerce de différentes manières, selon que l'immeuble est dans les mains du débiteur ou dans celles d'un tiers détenteur, et selon que ce tiers détenteur purge

(1) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 128, n° 1454. Comparez Pont, t. II, p. 609, n° 1341.
(2) Rejet, 13 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 259).
(3) Martou, t. IV, p. 127, n° 1454.

ou ne purge pas. La loi subordonne le droit de suite à l'inscription (art. 96, code civil, art. 2166); c'est dire que le droit hypothécaire contre le tiers ne peut être exercé que si l'hypothèque est inscrite; or, en cas de purge, le créancier hypothécaire exerce son droit par la surenchère; donc il faut que son titre soit inscrit au moment où il agit, non-seulement au moment où il requiert la mise aux enchères, mais jusqu'à ce que la purge soit consommée par la vente et par la distribution du prix aux créanciers inscrits. La cour de cassation dit que la loi n'exige d'autre condition pour la validité de la surenchère que l'inscription du titre; que c'est ajouter à la lettre de la loi que de faire dépendre l'efficacité de la surenchère de la non-péremption de l'inscription. L'objection nous surprend. Est-ce que par hasard la surenchère est accomplie au moment où le créancier la notifie aux parties intéressées? Non, certes, la surenchère commence une nouvelle phase dans la procédure de la purge; elle consiste dans l'exercice de l'action hypothécaire, et elle tend à la vente forcée de l'immeuble sur le tiers détenteur : est-ce qu'un créancier hypothécaire peut exproprier le tiers détenteur sans que son titre soit inscrit? Il est de principe que le créancier doit renouveler son inscription jusqu'à l'adjudication ; donc, s'il laisse périmer son inscription pendant le cours de la procédure, il est déchu de son droit hypothécaire (n° 142). Ce n'est pas là ajouter à la loi, c'est l'appliquer. La cour objecte que, dans l'opinion que nous soutenons, on confond l'effet des inscriptions, quant à l'exercice du droit de préférence, avec l'exercice du droit de surenchérir; ce dernier droit, dit la cour, n'est assujetti, d'après le texte de la loi, qu'à une seule condition, l'existence d'une inscription au moment de la réquisition du créancier. La réponse est simple, et elle nous paraît péremptoire; c'est que la cour divise ce qui est indivisible, l'exercice de l'action hypothécaire; elle commence par la surenchère, elle se poursuit pendant la procédure en expropriation, elle se termine par l'adjudication et le payement du prix, c'est-à-dire par l'exercice du droit de préférence; toute la poursuite est donc l'exercice d'un seul et même droit, du droit hypothécaire : conçoit-on que ce droit,

que la loi subordonne à l'inscription, puisse être exercé alors que l'inscription n'existe plus?

490. La loi dit que *tout* créancier dont le titre est inscrit peut surenchérir. C'est à dessein qu'elle se sert de cette expression générale; si elle avait dit que les créanciers inscrits ont le droit de surenchère, le tiers acquéreur aurait pu prétendre que les créanciers n'ont ce droit que s'ils y ont intérêt; or, il se pourrait que la surenchère n'eût aucune utilité pour celui qui la fait : tel serait le cas où le créancier ne peut pas venir en ordre utile, malgré la surenchère, parce que l'immeuble est grevé de charges hypothécaires beaucoup au delà de sa valeur. Si la mise aux enchères ne profite pas à celui qui l'a provoquée, elle profitera à d'autres créanciers qui, d'après les offres du tiers acquéreur, n'auraient reçu qu'un payement partiel.

Faut-il aller plus loin et dire que la surenchère serait valable, alors même qu'elle serait évidemment inutile, la somme offerte par le nouveau propriétaire étant suffisante pour désintéresser tous les créanciers? On l'enseigne (1); il nous répugne d'admettre un droit qui serait en opposition avec l'essence de la surenchère. Pourquoi la loi l'organise-t-elle? Elle donne aux créanciers le droit de surenchérir, à titre de garantie, contre les offres insuffisantes du tiers acquéreur qui purge. Si ces offres sont suffisantes, la surenchère n'a plus de raison d'être. A quoi aboutirait cette surenchère? A évincer le tiers acquéreur, alors que ceux qui l'évinceraient pourraient être désintéressés sans recourir à la vente forcée. Ce serait une expropriation faite sans raison, par caprice, ou pour évincer le tiers acquéreur et se mettre à sa place. Tout cela est inadmissible. Vainement dit-on que la loi laisse à chaque créancier le soin d'apprécier l'intérêt qu'il peut avoir à exercer la surenchère. Nous répondons que la loi suppose qu'il y a un intérêt, car toute garantie implique un intérêt à sauvegarder, et l'on avoue que les créanciers sont sans intérêt aucun. Les arrêts qu'on cite ne disent pas ce qu'on leur fait dire; ils supposent que

(1) Martou, t. IV, p. 167, n° 1520. Pont, t. II, p. 608, n° 1339, d'après Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 51. Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 59, § 294.

le créancier qui surenchérit est sans intérêt; ils ne disent pas que tous les créanciers sont sans intérêt aucun (1).

491. La règle que tout créancier inscrit peut surenchérir reçoit des exceptions qui résultent des principes généraux. Celui qui doit garantir ne peut pas évincer; or, la surenchère conduit à l'éviction de l'acquéreur. De là suit que le vendeur ne peut pas requérir la surenchère; tenu à garantir l'acheteur contre l'éviction, il ne peut pas lui-même l'évincer (2).

Il en serait de même si le créancier qui surenchérit avait renoncé au droit de surenchère; ce qui peut se faire expressément ou tacitement. La renonciation serait tacite si le créancier avait approuvé les conditions de la vente et accepté, par conséquent, comme suffisant le prix que l'acheteur s'oblige à payer; il y aurait contradiction à surenchérir par le motif que le prix est insuffisant, alors que le créancier l'aurait approuvé d'avance comme suffisant. Quand peut-on admettre que le créancier approuve le prix et l'accepte? Nous avons déjà bien des fois répondu à une question analogue : la difficulté est de fait et non de droit. Les auteurs disent que le concours du créancier à la vente emporte renonciation au droit de surenchère (3). A notre avis, la décision est trop absolue; c'est une question d'intention, donc la décision dépend des circonstances de la cause. Les renonciations sont toujours de la plus stricte interprétation; il faut donc que le concours du créancier dans le contrat de vente ne puisse pas recevoir une autre interprétation que celle de sa volonté de renoncer. Il est inutile de discuter des espèces, tout, en cette matière, dépendant des circonstances de la cause (4).

492. Le créancier à terme ou conditionnel peut-il surenchérir? Quant au créancier à terme, l'affirmative est certaine; il est créancier, il peut donc exercer tous les droits attachés à sa créance, sauf qu'il n'a pas le droit

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 51.
(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 613, note 3, n° 1346, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 524, note 56, § 294.
(3) Pont, t. II, p. 611, n° 1345, et note 4. Aubry et Rau, t. III, p. 524, note 57, § 294, et les autorités qu'ils citent.
(4) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 565, n° 1515.

d'exiger le payement si le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur. Or, celui qui surenchérit ne demande pas le payement, il veille seulement à ce que toute la valeur de l'immeuble lui soit payée quand sa créance sera échue. En ce sens, la surenchère est un acte conservatoire; à ce titre, le créancier conditionnel peut l'exercer. On objecte que la condition suspend l'existence de l'obligation. Cela est vrai pour les actes qui constituent l'exécution de l'obligation; cela n'est pas exact pour les actes conservatoires, puisque la loi permet au créancier conditionnel de les faire (article 1180); or, surenchérir est, en un certain sens, un acte de conservation, puisque c'est une garantie que la loi donne au créancier pour sauvegarder ses intérêts : en surenchérissant, le créancier conserve son droit à l'intégralité de la valeur de l'immeuble, valeur à laquelle il a droit en vertu de son hypothèque (1).

493. Tout créancier inscrit peut surenchérir, soit par lui-même, soit par un mandataire. Le n° 4 de l'article 115 (code civil, art. 2185) veut que la procuration soit expresse; et, d'après l'article 1988, le mandat doit être exprès quand il s'agit d'un acte de disposition, tandis qu'un mandat général suffit pour les actes d'administration. Cela prouve que, dans l'esprit de la loi, la surenchère est assimilée, comme fait juridique, à un acte de disposition. Nous reviendrons sur ce point. Quand la procuration est-elle expresse? C'est une question d'interprétation, donc la décision dépend de l'appréciation du juge (2).

Faut-il aussi que le mandat soit authentique? L'article 115 (code civil, art. 2185) le suppose, puisqu'il veut que le mandataire qui signe les exploits par lesquels la surenchère est signifiée aux parties intéressées donne copie de la procuration, et on ne donne copie que des actes authentiques. Tel est d'ailleurs l'esprit de notre loi hypothécaire; dans tous les cas où un mandataire intervient dans un acte authentique, elle prescrit aussi l'authenticité de la procuration (art. 2, 76, 92). Or, la surenchère doit être signifiée par acte d'huissier; c'est donc un acte solennel, et, par

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 524, § 294.
(2) Voyez les arrêts cités et discutés par Martou, t. IV, p. 130, n° 1460.

suite, la volonté du créancier qui surenchérit doit être constatée dans la forme authentique.

494. Les cessionnaires et les tiers subrogés aux droits du créancier hypothécaire ont le droit de surenchérir, puisqu'ils exercent tous les droits de celui qui leur a cédé sa créance, ou qui les a subrogés. Il faut, d'après la loi belge, que la cession ou la subrogation soient authentiques et rendues publiques par la voie de l'inscription. En effet, la cession d'une créance hypothécaire et la subrogation à un droit semblable ne peuvent être opposés aux tiers que sous ces conditions (art. 5); or, les acquéreurs contre lesquels le cessionnaire ou le subrogé requièrent la mise aux enchères sont des tiers; le nom spécial qui les désigne est celui de *tiers* détenteurs (art. 97; code civil, art. 2167). L'article 5 de la loi doit donc recevoir son application (1).

On l'applique aussi aux prête-nom, cessionnaires en apparence, quoiqu'ils ne soient que mandataires à l'égard du propriétaire de la créance. L'acte apparent pouvant seul être opposé aux tiers, il s'ensuit qu'ils sont considérés comme propriétaires, et exercent tous les droits attachés à la propriété; donc ils peuvent surenchérir. Cela suppose que la cession faite au prête-nom n'est pas entachée de fraude, c'est-à-dire qu'elle n'a d'autre but que de ne pas faire figurer le mandant dans la procédure de purge. Si la simulation avait pour objet de faire fraude à la loi, en donnant le pouvoir au prête-nom de surenchérir au nom d'un mandant qui n'en aurait pas le droit, le tiers acquéreur pourrait demander la nullité de la surenchère; la fraude fait exception à toutes les règles, en ce sens que la loi permet toujours de demander la nullité des actes faits en fraude de ses dispositions (2).

495. La caution peut-elle surenchérir? En sa qualité de caution, elle n'a pas ce droit, puisqu'elle n'est pas créancier inscrit, comme le veut la loi; la caution ne peut donc être admise à surenchérir qu'en vertu de la subrogation que la loi lui accorde quand elle a payé. Il suit de là que

(1) Martou enseigne que les cessionnaires peuvent surenchérir avant d'être saisis à l'égard des tiers (Martou, t. I, n° 205).
(2) Martou, t. IV, p. 130, n° 1461, et les arrêts qu'il cite.

tant qu'elle n'a pas payé, elle ne peut pas surenchérir (1).

496. Les créanciers chirographaires peuvent exercer le droit de surenchère au nom de leur débiteur. C'est l'application du droit commun. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*.

497. L'exercice du droit de surenchère par les personnes qui en ont le droit suppose qu'une notification a été faite aux créanciers hypothécaires. Si un créancier était omis sur le certificat que le conservateur délivre au tiers acquéreur qui purge, cette omission n'empêcherait pas le créancier omis de surenchérir, en justifiant de son droit. C'est la disposition de la loi belge (art. 129), sur laquelle nous reviendrons au chapitre qui traite de la responsabilité du conservateur.

N° 2. DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR SURENCHÉRIR.

498. Il règne une grande incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence ; on ne s'entend pas sur le principe, et, partant, on doit être en désaccord sur les applications. La difficulté est de savoir quelle est la nature de l'acte par lequel un créancier requiert la mise de l'immeuble aux enchères publiques : est-ce un acte de conservation ? est-ce un acte d'administration, ou est-ce un acte de propriété ? Nous avons dit en quel sens la surenchère est un acte conservatoire ; elle tend à rendre efficace et, en ce sens, à conserver la garantie hypothécaire ; mais il ne suit pas de là que surenchérir soit un acte de conservation, dans le sens propre du mot. On entend par actes conservatoires les actes qui sont nécessairement profitables à ceux qui les font et qui ne peuvent jamais leur nuire ; la conséquence qui en résulte est que les incapables peuvent faire les actes de conservation. Telle est l'inscription hypothécaire (t. XXX, n°s 303 et 400). Un acte conservatoire implique donc que celui qui le fait ne contracte aucune obligation, car les incapables ne peuvent pas s'obliger ; voilà pourquoi les mineurs et les femmes mariées

(1) Grenoble, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 60).

peuvent requérir l'inscription de l'hypothèque que la loi leur donne. Telle n'est certes pas la surenchère. Car le requérant doit s'engager à porter le prix à un vingtième en sus de celui que le nouveau propriétaire a offert aux créanciers. Cela est décisif.

La surenchère est-elle un simple acte d'administration? C'est une opinion assez généralement admise (1). La cour de cassation l'a rejetée, et, nous croyons, avec raison. D'abord surenchérir est l'exercice d'un droit immobilier, puisque le droit de surenchère n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires dont le titre est inscrit; or, l'exercice d'une action immobilière dépasse les bornes du pouvoir d'administration. Le tuteur administre les droits du pupille; néanmoins il ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur (art. 464). On objecte que surenchérir n'est qu'une promesse d'acheter; or, acheter est un acte d'administration, et surenchérir est un acte de bonne gestion, puisque, en promettant d'acheter, le requérant conserve en même temps sa créance si l'immeuble hypothéqué est porté à une valeur plus grande que celle qui a été déclarée par le nouveau propriétaire. Nous répondons que par cela même la surenchère est un acte aléatoire; si l'enchère du créancier est couverte par une surenchère plus forte, il est dégagé de sa promesse; mais s'il ne se présente pas de surenchérisseur, il sera tenu de remplir son engagement; déclaré adjudicataire, il devra payer un prix qui dépasse peut-être ses moyens; s'il ne peut pas payer, il sera poursuivi comme fol enchérisseur. Ce n'est pas là une acquisition immobilière telle qu'on la fait ordinairement; le créancier se porte acquéreur sans avoir eu l'intention d'acquérir l'immeuble, et uniquement pour sauver sa créance; mais il ne la sauve qu'en contractant une nouvelle obligation, qui peut lui être très-onéreuse. Est-ce bien là un acte d'administration (2)?

Si la surenchère n'est pas un acte d'administration, en

(1) Martou, t. IV, p. 160, n° 1512.

(2) Rejet, 16 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2564). Riom, 6 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 455). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 565, note 61, § 294; Pont, t. II, p. 610, n° 1342.

faut-il conclure que c'est un acte de disposition ou de propriété? En général, on distingue les actes qu'une personne incapable ou un administrateur peut faire en actes de disposition et actes d'administration. Ainsi on dit du mineur qui agit sans l'autorisation de son tuteur qu'il peut attaquer, pour cause de lésion, les actes d'administration qu'il fait; tandis qu'il ne peut attaquer les actes de disposition que par l'action en nullité. La loi établit cette distinction très-nettement quand il s'agit du pouvoir d'un mandataire ou administrateur : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les *actes d'administration*. S'il s'agit d'*aliéner* ou *hypothéquer*, ou de *quelque autre acte de propriété*, le mandat doit être exprès » (art. 1988). Or, la loi, en parlant de la surenchère, exige un *mandat exprès* si le créancier veut l'exercer par un mandataire (art. 115, n° 4; code civil, art. 2185, 4°). Cela nous paraît décisif. Vainement objecterait-on que le créancier qui surenchérit ne dispose de rien, qu'il se porte seulement adjudicataire éventuel; nous avons répondu d'avance à l'objection; la surenchère est un acte très-dangereux, précisément à raison des éventualités qui l'accompagnent; et, à cause de ces dangers, c'est un acte qui dépasse le pouvoir d'administration; de là la conséquence légale que c'est un acte de disposition. Nous avons déjà remarqué qu'en matière d'hypothèques la loi se montre plus rigoureuse que dans les cas ordinaires. Ainsi le tiers détenteur qui délaisse ne dispose de rien, il abdique seulement la détention de l'immeuble, dont il conserve la propriété et la possession; et néanmoins la loi exige qu'il ait la capacité d'aliéner pour que le délaissement soit valable. Notre conclusion est que la surenchère est un acte de disposition, légalement parlant, c'est-à-dire un acte que la loi assimile à un acte de disposition.

499. Les applications présentent de nouveaux doutes. Nous commençons par les administrateurs; ce n'est guère qu'à leur égard que la question se présente dans la pratique. Le tuteur peut-il surenchérir sans autorisation ni homologation? Si l'on admet notre principe, la négative est certaine, mais l'opinion que nous venons d'énoncer est isolée ou à peu près. Grenier est le seul auteur qui exige une

autorisation du conseil de famille et une homologation du tribunal; encore les motifs qu'il donne sont-ils peu juridiques, ce sont des considérations à l'adresse du législateur plutôt que de l'interprète. Aubry et Rau se contentent de l'autorisation du conseil, en se fondant sur la nature immobilière de l'action hypothécaire. Cela serait très-juste si la surenchère était le simple exercice de l'action hypothécaire; c'est, à vrai dire, un acte d'une nature spéciale que le législateur aurait dû ranger dans l'une des catégories des actes qu'il permet au tuteur de faire avec certaines formalités; dans le silence de la loi, il faut s'en tenir à la seule indication que les textes nous fournissent, celle de l'article 115, n° 4 (code civil, art. 2185, 4°). Il y a des auteurs qui permettent au tuteur de surenchérir sans autorisation aucune, en considérant la surenchère comme un acte d'administration (1).

La jurisprudence est divisée. Il y a des arrêts qui permettent au tuteur de surenchérir, parce qu'aucune loi ne lui défend d'acquérir pour son pupille (2); d'autres disent parce que c'est une action mobilière (3), tandis que la cour de Riom exige une autorisation du conseil de famille, par la raison que la surenchère est une action immobilière (4). Ainsi l'on ne s'entend pas même sur la nature de l'action que le créancier exerce. Le droit dont il poursuit l'exercice est certainement mobilier, puisque c'est une créance; mais il en poursuit le payement par l'action hypothécaire, donc son action est immobilière; et dès que l'action est immobilière, on ne peut plus assimiler la surenchère à un acte d'administration. C'est, il est vrai, une promesse d'acheter, mais cette promesse est entourée de tant de mauvaises chances que l'on ne peut plus y voir un simple acte d'acquisition.

500. Le mari, administrateur légal, peut-il surenchérir? La cour de cassation exige le consentement de la

(1) Grenier, t. II, p. 222, n° 459. Aubry et Rau, t. III, p. 526, note 66, § 294. Comparez Martou et Pont, aux passages cités page 462, notes 1 et 2.
(2) Rouen, 6 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 201).
(3) Bourges, 2 avril 1852 (Dalloz, 1855, 2, 110).
(4) Riom, 6 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 454).

femme. Les auteurs sont divisés; les uns disent que la femme ne doit pas intervenir, puisque c'est le mari qui administre ses biens et qui est chargé de veiller à ses intérêts; les autres, considérant l'action du mari comme immobilière, la lui refusent sous le régime de communauté, tandis qu'ils la lui accordent sous le régime dotal (1). Dans notre opinion, il va sans dire que la femme peut surenchérir avec autorisation maritale. De sorte qu'il y a à peu près autant d'avis que d'auteurs. La question est cependant moins douteuse pour la femme que pour le tuteur. Les pouvoirs du tuteur, ou, si l'on veut, son incapacité varie d'après la nature différente des actes qu'il est appelé à faire : tantôt il gère seul, tantôt il lui faut l'autorisation du conseil de famille, tantôt cette autorisation doit encore être homologuée, et parfois la loi exige de plus des formalités spéciales; en présence de ces distinctions, il est difficile de classer la surenchère; le législateur aurait dû le faire. Il n'en est pas de même du mari, il administre sans formalité aucune, et dès que l'acte n'est pas un acte d'administration, il est sans pouvoir. Or, l'exercice d'une action immobilière n'est pas un acte d'administration, dans la théorie du code civil; la loi, par exception, permet au mari sous le régime dotal, d'exercer les droits immobiliers de la femme, elle ne le permet pas au mari sous le régime de communauté. Cela nous paraît décisif. Il faut ajouter que la surenchère, quoiqu'elle aboutisse à acquérir un immeuble pour la femme, peut difficilement être assimilée à un acte d'administration. Le remploi que le mari fait pour la femme est aussi une acquisition d'immeuble; néanmoins la loi exige le consentement de la femme; à plus forte raison doit-on l'exiger quand il s'agit d'une acquisition aussi anormale et aussi chanceuse que celle qui suit la surenchère.

501. Quant aux incapables, il y a de nouvelles incertitudes. On enseigne que les mineurs émancipés et les prodigues peuvent surenchérir avec l'assistance de leur curateur ou de leur conseil (2). Pour les prodigues et les

(1) Martou, t. IV, p. 163, n° 1513. Aubry et Rau, t. III, p. 526, notes 68 et 69, § 294.
(2) Pont, t. II, p. 610, n° 1344. Aubry et Rau, t. III, p. 526, § 294.

faibles d'esprit, cela n'est pas douteux, puisqu'ils peuvent aliéner et hypothéquer quand ils sont assistés. Dans l'opinion qui assimile la surenchère à un acte d'administration, on devrait permettre à ces incapables de surenchérir sans assistance aucune. Pour le mineur émancipé, il y a un texte très-restrictif, c'est l'article 484 qui leur interdit de faire aucun acte, sauf ceux de *pure* administration, sans observer les formes que la loi prescrit pour les mineurs non émancipés; et, d'après ce que nous venons de dire, il nous paraît impossible d'assimiler la surenchère à un acte de *pure* administration : ce qui est décisif.

Quant à la femme mariée, il va sans dire qu'elle ne peut surenchérir sans autorisation, puisque la surenchère implique une obligation, et une obligation très-dangereuse; or, la femme ne peut pas s'obliger sans autorisation maritale. Il n'y a de doute que lorsque la femme a, en vertu de son contrat de mariage, la libre administration de ses biens : on enseigne et on juge que la femme séparée ne peut surenchérir qu'avec l'autorisation de son mari (1). Cela est très-inconséquent, si l'on admet que surenchérir est un acte d'administration, puisque la loi dit de la femme séparée qu'elle a la libre administration de ses biens. Dans notre opinion, il est certain que la femme séparée ne peut surenchérir sans autorisation, puisque la surenchère est assimilée par la loi à un acte de disposition.

Il se présente une autre difficulté pour la femme commune qui obtient la séparation de biens par jugement. On admet généralement que le jugement qui prononce la séparation autorise la femme à faire tous les actes d'exécution, sans qu'elle ait besoin de l'autorisation maritale, et l'on applique ce principe à la surenchère que la femme fait sur un immeuble vendu par son mari, car, dit-on, la surenchère a pour objet d'exercer ses droits de reprises (2). Martou critique l'opinion générale, et avec raison. Si la femme peut faire, sans y être autorisée, les actes d'exécu-

(1) Martou, t. III, p. 161, n° 1513. Pont, t. II, p. 610, n° 1344. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 62, § 294.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 62, § 294, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire. Martou, t. IV, p. 162, n° 1513.

tion, c'est que le juge l'y autorise implicitement, puisque la loi même lui fait un devoir de commencer l'exécution dans la quinzaine. Mais surenchérir n'est certes pas un acte d'exécution, tel qu'une saisie, c'est l'exercice de l'action hypothécaire de la femme, et c'est un acte qui peut lui être utile, mais qui peut aussi lui être préjudiciable. La surenchère reste donc sous l'empire du droit commun.

502. Il reste une dernière difficulté dans cette matière qui est difficile, parce que le législateur a négligé de la régler. Quand un incapable fait une surenchère, l'acte est nul, d'après le droit commun. Qui peut se prévaloir de la nullité? Nous croyons qu'il faut appliquer l'article 1125, aux termes duquel le mineur et la femme mariée peuvent seuls attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, dans les cas prévus par la loi; ceux qui contractent avec eux ne le peuvent pas; le tiers acquéreur ne pourrait donc pas se prévaloir de l'incapacité du créancier pour demander la nullité de la surenchère. La jurisprudence est en ce sens et la solution ne nous paraît pas douteuse (1). En effet, surenchérir c'est promettre d'acheter, et la promesse devient une vente si l'enchère n'est pas couverte. On se trouve donc dans les termes de l'article 1125. On applique le même principe au cas où le tuteur aurait surenchéri sans autorisation du conseil de famille; toutefois, sur ce point, il y a controverse et doute. Le texte de l'article 1125 n'est plus applicable, puisque le tuteur n'est pas un incapable; mais le mineur est incapable, et c'est à raison de son incapacité qu'il est représenté par son tuteur et que celui-ci doit observer certaines formes dont le but est de garantir les intérêts de l'incapable; quand donc l'acte fait par le tuteur est attaqué pour vice de formes, il l'est en réalité pour incapacité, ce qui permet d'appliquer l'article 1125.

Mais de ce que les tiers ne peuvent pas demander la nullité de la surenchère faite irrégulièrement par le tuteur, il ne faut pas conclure que le tiers acquéreur qui purge

(1) Grenoble, 11 juin 1825 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 66). Rejet, 14 juin 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1997).

est sans droit quand le tuteur procède à la vente en vertu d'une surenchère qu'il n'avait pas le pouvoir de consentir. Le tuteur se trouve sans qualité, dans ce cas, pour procéder à la vente; or, le tiers acquéreur peut opposer à celui qui veut l'évincer qu'il est sans qualité pour agir. Nul, dit Troplong, n'est tenu de répondre à une demande formée par un incapable (1). Or, sous l'empire du code, la surenchère était suivie d'une procédure judiciaire, puisque l'adjudication se faisait en justice.

Ceci fait naître une nouvelle question. Le tiers acquéreur oppose au requérant le défaut de qualité. Celui-ci pourra-t-il régulariser sa position en remplissant la formalité prescrite; par exemple, le tuteur en se faisant autoriser par le conseil de famille? Il est certain que si l'on se trouve encore dans le délai de quarante jours que la loi accorde aux créanciers pour surenchérir, le requérant peut régulariser sa demande, car il serait en droit de faire une surenchère nouvelle. On admet même qu'après ce délai la procédure peut encore être régularisée (2). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'autorisation maritale (t. III, n°s 166 et 168), cela n'est pas douteux; celui qui est appelé à consentir peut aussi approuver; et dès qu'il approuve, l'incapacité est couverte, et le vice qui entachait l'acte est purgé.

N° 4. DANS QUEL DÉLAI LA SURENCHÈRE DOIT-ELLE SE FAIRE?

503. Aux termes de l'article 115 (code civil, art. 2185), la surenchère doit se faire « dans les quarante jours au plus tard de la notification faite aux créanciers par le nouveau propriétaire ». Les termes de la loi impliquent que le délai est de rigueur, de sorte qu'après ce délai les créanciers ne peuvent plus surenchérir. D'ailleurs l'article 115 (code civil, art. 2185) ajoute à la fin : « le *tout* à peine de nullité. » Donc le délai aussi est prescrit à peine de déchéance. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. C'est

(1) Troplong, t. IV, n° 455, et tous les auteurs.
(2) Martou, t. IV, p. 164, n° 1514. Aubry et Rau, t. III, p. 525 et suiv., et note 63, et les autorités qu'ils citent.

pour affermir la propriété dans les mains de l'acquéreur que la loi a organisé la purge; il faut donc que la procédure soit activée, sinon elle prolongerait l'incertitude de la propriété; car, tant que les créanciers n'ont pas pris de parti sur la surenchère, le droit de propriété du tiers détenteur est incertain. C'est l'opinion unanime (1).

504. La loi dit que le délai de quarante jours commence à courir à partir de la notification que le nouveau propriétaire fait pour déclarer aux créanciers qu'il leur offre son prix (art. 113). Cette notification s'adresse à chaque créancier individuellement; il suit de là que le délai de quarante jours est aussi un délai individuel, en ce sens qu'il court pour chaque créancier, à partir du jour où il a reçu la notification. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et en principe, cela est d'évidence (2). Les créanciers prétendaient qu'ils étaient recevables à surenchérir tant que d'autres créanciers, auxquels la notification avait été faite postérieurement, pouvaient user de ce droit. Il est vrai que la surenchère faite par l'un des créanciers profite à tous, ce qui implique un certain lien de solidarité entre les divers créanciers inscrits, mais cela suppose que la surenchère est faite légalement; dans ce cas, elle profite même à ceux qui n'auraient pas pu surenchérir parce qu'ils ne se trouvaient pas dans le délai légal. Mais de là on ne peut pas induire que ceux qui sont déchus peuvent encore surenchérir. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un motif de douter très-sérieux, à notre avis. Le nouveau propriétaire, en faisant les notifications prescrites par la loi, avait omis l'un des créanciers inscrits. Il ne se contenta pas de faire une notification au créancier omis, il renouvela même celle qui avait été faite régulièrement. L'un des créanciers surenchérit dans le délai de quarante jours après les nouvelles notifications, mais le délai était expiré si l'on tenait compte des premières. Il a été jugé

(1) Martou, t. IV, p. 160, nº 1510. Pont, t. II, p. 618, nº 1354. Cassation, 15 mars 1837 (Dalloz, au mot *Surenchère*, nº 104, 2º).

(2) Rejet, 10 mai 1853 (Dalloz, 1853, 1, 153). Martou, t. IV, p. 154, nºs 1500 et 1501. Pont, t. II, p. 617, nºs 1354 et 1355. Aubry et Rau, t. IV, p. 526 et suiv., et note 70, § 294.

que le délai courait à partir des premières notifications. Cela est douteux. En faisant de nouvelles notifications, le tiers acquéreur donnait un nouveau droit, un nouveau délai, sinon ces notifications répétées eussent été tout à fait inutiles; et, en réalité, la cour de cassation les a considérées comme non avenues. Il nous semble que c'est dépasser la loi.

505. Comment compte-t-on le délai de quarante jours? D'après la règle générale que l'on suit en cette matière, puisque la loi n'y déroge pas. Le délai commence à courir à compter du jour où les notifications ont été faites, mais ce jour n'est pas compris dans le délai, car il n'est pas entier, et le créancier a droit à quarante jours complets. Par contre, le quarantième jour est compris dans le délai; c'est ce jour-là au plus tard que la surenchère doit se faire; le créancier ne pourrait donc pas signifier la surenchère le lendemain (1).

506. Le délai court contre toutes personnes, même contre les incapables; on n'applique pas aux délais dans lesquels un acte doit être fait les principes qui régissent la prescription; celle-ci est suspendue en faveur des incapables, tandis que les délais courent contre tous (2). Les motifs d'intérêt public qui les ont fait établir sous peine de déchéance ne permettent point de les prolonger. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription*.

Il faut cependant faire une restriction à ce principe en vertu de la loi belge, qui oblige les créanciers privilégiés ayant droit à la résolution d'opter entre la résolution et leur privilége; s'ils optent pour la résolution, la procédure de purge est *suspendue*, et, par suite, l'exercice de la surenchère; le délai de quarante jours reprendra son cours si l'action en résolution tombe, soit que le créancier y renonce, soit que le tribunal la rejette (3).

507. Le délai ordinaire est augmenté lorsqu'il y a une

(1) Martou, t. IV, p. 155, nº 1502. Pont, t. II, p. 618, nº 1354. Aubry et Rau, t. III, p. 527, notes 73, 74, § 294.

(2) Grenoble, 27 décembre 1821 (Dalloz, au mot *Surenchère*, nºˢ 77 et 81). Aubry et Rau, t. III, p. 527, note 75, § 294. Martou, t. IV, p. 159, nº 1508.

(3) C'est la remarque de Martou, t. IV, p. 159, nº 1509.

distance de plus de cinq myriamètres entre le domicile réel et le domicile élu du créancier; l'article 115 (code civil, art. 2185) contient à cet égard la disposition suivante: « On ajoute au délai de quarante jours, un jour par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le *domicile réel* du créancier le plus éloigné du tribunal qui doit connaître de l'ordre. » La loi veut que le créancier ait quarante jours complets pour surenchérir; or, il ne les aurait pas si, étant éloigné du domicile élu où se fait la notification du tiers acquéreur, il ne la recevait qu'un ou plusieurs jours après qu'elle aurait été faite; il fallait donc augmenter le délai à raison de la distance qui existe entre le domicile élu et le domicile réel. Le code civil fixait cette augmentation à deux jours par cinq myriamètres. A raison de la grande facilité de communications qui existe aujourd'hui, le législateur belge a réduit l'augmentation à un jour; il ne tient aucun compte d'une distance moindre de cinq myriamètres (1).

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par domicile *réel*. Le code civil disait : le *domicile réel* de *chaque* créancier requérant. Notre loi hypothécaire porte : « Le domicile réel du créancier *le plus éloigné* du tribunal qui doit connaître de l'ordre. » Voici comment on interprète cette disposition. Le délai est augmenté pour tous les créanciers dès qu'il y a un créancier éloigné de plus de cinq myriamètres du domicile élu, et s'il y a plusieurs créanciers qui se trouvent dans ce cas, on calcule l'augmentation en tenant compte de la distance où se trouve le plus éloigné, de sorte que celui qui se trouve à cinq kilomètres jouit du même délai que celui qui se trouve à 50 kilomètres. La loi a voulu un délai uniforme, on ne voit pas trop pourquoi. La signification étant individuelle, le délai aussi, fixé à raison de la distance, devait varier d'un créancier à l'autre (2).

(1) Controversé. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 86. Paris, 21 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 31). Dijon, 5 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 2, 31).

(2) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 400, n° 565. Martou, t. IV, p. 158, n° 1507.

Il faut encore remarquer que la loi belge de même que le code civil se servent de l'expression de *domicile réel*, ce qui se rapporte à la définition que l'article 102 donne du domicile. Ce n'est donc pas à l'habitation que l'on a égard, comme on aurait dû le faire à raison du but que le législateur a en vue, de faire parvenir la signification à la connaissance personnelle de chaque créancier.

Nº 5. DE LA SOUMISSION DU REQUÉRANT.

508. La surenchère doit contenir « la soumission du requérant de porter le prix à un vingtième en sus de celui stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire ». C'est une condition essentielle requise par la loi pour la validité de la réquisition que peuvent faire les créanciers de mettre l'immeuble aux enchères publiques. La loi n'admet pas la mise aux enchères sans engagement pris par le requérant de porter le prix à un vingtième en sus. Elle a dû concilier les droits du tiers acquéreur et ceux des créanciers. Si ceux-ci ont droit à la valeur véritable de l'immeuble qui leur est hypothéqué, le nouveau propriétaire a droit, de son côté, à conserver la propriété de l'immeuble, s'il l'a acquis au prix courant. Les biens n'ont point de valeur fixe, mathématique; les goûts, les passions de ceux qui achètent jouent un grand rôle dans le montant des prix qu'ils donnent. On ne pouvait donc pas se contenter de la moindre différence que les créanciers prétendraient exister entre la somme offerte et la valeur réelle de l'immeuble; si la différence est peu considérable, le législateur doit maintenir l'acquisition, car c'est dans ce but qu'il a organisé la purge. Quelle est la limite à laquelle la différence est assez grande pour que la somme offerte par le tiers acquéreur ne puisse plus être considérée comme la valeur exacte de l'immeuble? Ce chiffre est nécessairement arbitraire, et, de fait, il a varié. D'après la loi du 11 brumaire an VII, le requérant devait s'engager à porter le prix au moins à un vingtième en sus de la somme offerte par le nouveau propriétaire. Les auteurs du code trouvèrent que ce bénéfice était trop minime pour troubler

l'acheteur et l'évincer; ils élevèrent en conséquence au dixième le montant de la surenchère. Cette innovation a été vivement critiquée; on la considérait comme un des vices de la purge; en tenant compte des frais que le surenchérisseur devenu adjudicataire doit supporter, et de la valeur d'ordinaire modique des biens que l'on purge, on arrivait à une majoration de trente pour cent. C'était trop exiger des créanciers, et, par suite, rendre impossible l'exercice de la surenchère. Il en résultait que la surenchère manquait son but; on favorisait le nouveau propriétaire aux dépens des créanciers. Le législateur belge se décida, en conséquence, pour la limite adoptée par la loi de brumaire (1).

509. L'engagement de porter le prix à un vingtième en sus peut être pris par un tiers : c'est celui-ci, dans ce cas, qui fait la soumission et qui sera déclaré adjudicataire s'il ne se présente pas de surenchérisseur. Mais la soumission du tiers enchérisseur n'empêche pas que la mise aux enchères procède du créancier; c'est lui qui doit faire la signification, c'est lui qui doit offrir caution. Le texte est formel sur ce point (art. 115, 5°; code civil, art. 2185, 5°). Ce n'est qu'à cette condition que la loi pouvait permettre au créancier qui requiert la vente aux enchères de présenter un tiers enchérisseur. Le nouveau propriétaire ne connaît que le créancier qui demande la mise de l'immeuble aux enchères; c'est donc lui qui doit répondre de l'acte qu'il requiert.

510. Sur quoi doit rter l'augmentation du vingtième? L'article 115 (code civil, art. 2185) dit que l'enchère portera sur le prix principal et les charges. Cela suppose une vente. Si le nouveau propriétaire a acquis la propriété en vertu d'un autre titre, il doit offrir la valeur de la chose, et, dans ce cas, l'enchère porte sur la valeur qu'il a déclarée.

Le montant du prix donne lieu à une légère difficulté. Il est arrivé que le nouveau propriétaire a déclaré un prix supérieur à celui qui se trouvait porté au contrat; la cour

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 61).

de Lyon a annulé cette surenchère, par la singulière raison que l'acquéreur ne pouvait pas surenchérir sur lui-même. En déclarant un prix, l'acquéreur ne surenchérit point; il déclare la somme qu'il offre aux créanciers inscrits. Si cette somme est supérieure au prix que porte le contrat, qu'importe aux créanciers? Tout ce qui les intéresse, c'est de calculer s'il y a entre la valeur offerte et la valeur réelle une différence d'un vingtième qui leur donne intérêt à surenchérir; ils ne peuvent donc pas être lésés par une déclaration qui dépasserait le prix (1). On peut objecter que cette interprétation ne se concilie pas avec le texte de la loi belge; l'article 115 dit que le créancier doit s'engager à porter le prix à un vingtième en sus de celui *stipulé dans le contrat*, ou *déclaré* par le nouveau propriétaire. S'il s'agit d'une vente, il faut, dira-t-on, que l'enchère ait pour base le *prix stipulé* dans l'acte de vente. Tel n'est pas le sens de la loi; si elle oppose le prix *stipulé* au prix *déclaré*, c'est pour marquer la différence entre les divers contrats d'acquisition, dont les uns contiennent une stipulation de prix et les autres n'en contiennent point. S'il y a un prix stipulé, c'est régulièrement sur celui-là que le créancier surenchérira, parce que c'est celui-là que le tiers acquéreur indiquera presque toujours. La loi prévoit donc le cas ordinaire, mais sans entendre exclure le cas où le nouveau propriétaire indiquerait un prix plus élevé.

511. L'enchère doit aussi porter sur les charges, c'est-à-dire sur les charges qui font partie du prix, comme le dit l'article 110. Quand les charges s'élèvent à 5,000 francs, et que le prix est de 45,000, le prix total offert par le nouveau propriétaire sera réellement de 50,000 francs, et c'est sur le prix total représentant la valeur de l'immeuble que doit porter la surenchère (2). Nous avons dit plus haut (n° 464) ce qu'il faut entendre par charges faisant partie du prix. Il y a sur l'application du principe à la surenchère une jurisprudence nombreuse; comme elle ne concerne que des questions de fait, il suffira de donner quelques exem-

(1) Martou, t. IV, p. 163, n° 1465. Pont, t. II, p. 624, n° 1363. Comparez Lyon, 7 janvier 1845 (Sirey, 1845, 2, 556).
(2) Grenoble, 19 avril 1852 (Dalloz, 1854, 2, 151).

ples. Dans la notification faite aux créanciers, le tiers acquéreur déclare qu'outre le prix porté dans le contrat, il a été convenu verbalement de payer une somme au vendeur à titre de pot-de-vin; la cour de cassation a jugé que le surenchérisseur devait offrir le dixième de cette somme comme du prix stipulé (1). Cela ne présente pas l'ombre d'un doute. Il a encore été jugé, ce qui est tout aussi évident, que l'obligation imposée à l'acquéreur de servir une rente foncière dont l'immeuble était grevé fait partie du prix; qu'en conséquence le surenchérisseur doit offrir le dixième en sus du capital de cette rente, comme du prix payable au vendeur lui-même (2).

512. L'enchère doit-elle porter sur les intérêts du prix? Nous avons examiné plus haut (n° 464) la question de principe. Dans notre opinion, et c'est celle qui est consacrée par la jurisprudence belge, le nouveau propriétaire ne doit les intérêts qu'à l'expiration du délai de quarante jours qui est accordé aux créanciers pour surenchérir. Par suite, les intérêts ne font pas partie du prix; le nouveau propriétaire ne doit pas les offrir et le créancier ne doit pas les comprendre dans son enchère (3).

513. Il y a une difficulté pour les charges que le nouveau propriétaire n'a pas évaluées dans ses notifications. Sous l'empire du code civil, on décidait que le nouveau propriétaire n'était pas tenu d'en faire l'évaluation, et que, s'il ne le faisait point, le créancier pouvait se borner à s'engager, en termes généraux, à porter l'immeuble à un dixième en sus (4). Notre loi hypothécaire impose au nouveau propriétaire l'obligation d'évaluer les charges (article 110, 1°). En faut-il conclure que le créancier qui surenchérit ne doit pas comprendre dans son enchère les charges non évaluées? Il est certain que ce n'est pas lui qui doit en faire l'évaluation; mais, d'un autre côté, une surenchère qui ne porterait pas sur les charges ne répon-

(1) Cassation, 3 avril 1815 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 191. 3°).
(2) Cassation, 25 novembre 1811; Bordeaux, 4 mai 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 191, 1°).
(3) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 625, n° 1365, note 3.
(4) Pont, t. II, p. 625, n° 1364.

drait pas au vœu de la loi (1). Il nous semble qu'il faut procéder, comme on le faisait sous l'empire du code civil, en se contentant d'une surenchère sans détermination de somme, pour ce qui regarde les charges non déclarées.

514. La loi ajoute que la surenchère ne doit pas porter sur les frais du premier contrat. Nous avons dit, en traitant des notifications, qu'elles doivent comprendre les frais qui, de leur nature, ne sont pas à la charge de l'acquéreur et qui, par conséquent, font partie du prix quand il doit les supporter (n° 463). Les frais du contrat par lequel le tiers acquéreur a acquis l'immeuble sont à sa charge en vertu de l'article 1593; ils ne font donc pas partie du prix, et, par suite, le créancier ne doit pas les comprendre dans sa surenchère (2). C'est de ces frais que parle l'article 110, 2°, en disant que les frais du *premier contrat* restent en dehors de la surenchère.

515. L'article 110 dit encore qu'il ne doit être fait aucune déduction préjudiciable aux créanciers inscrits. Cela n'était pas dit dans le code civil, parce que cela va de soi; la surenchère doit comprendre le prix tout entier; si l'on en faisait une déduction quelconque, elle ne s'élèverait plus au vingtième, comme la loi le veut, et, par suite, l'acquéreur se trouverait évincé en dehors des conditions légales, et les autres créanciers ne trouveraient pas dans l'enchère l'avantage qu'ils doivent y trouver, c'est-à-dire la représentation de la véritable valeur de l'immeuble.

La jurisprudence a appliqué le principe à une réserve assez fréquente que faisaient les créanciers surenchérisseurs, celle d'être remboursés de leurs frais de poursuite, et, en cas de contestation, de leurs dépens par privilége sur le montant de l'adjudication; ces réserves étaient annulées sous le code civil, parce que toute réserve, aboutissant à une réduction de l'enchère, contrevenait à la loi; la loi belge a donné force de loi à la jurisprudence (3).

516. Il était de jurisprudence, sous l'empire du code

(1) C'est l'avis de Martou, t. IV, p. 134, n° 1468.
(2) Rejet, 26 février 1822 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 195, 1°).
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 185. Il faut ajouter Bruxelles, 29 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 32.).

civil, qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer en chiffres le montant de la surenchère, parce que le code ne l'exigeait pas, et qu'en fait de formalités, il faut s'en tenir rigoureusement au texte de la loi. La loi nouvelle a consacré implicitement cette jurisprudence en reproduisant les termes du code Napoléon, sauf quelques modifications qui sont étrangères à notre question. On doit donc admettre que la surenchère serait valable si le créancier s'engageait à porter le prix et les charges à un vingtième en sus (1).

N° 6. DE L'OBLIGATION DE FOURNIR CAUTION.

517. La loi ne se contente pas de la soumission du créancier de porter le prix à un vingtième en sus ; elle veut qu'il donne caution jusqu'à concurrence de vingt-cinq pour cent du prix et des charges. C'est une garantie nécessaire pour les parties intéressées. Le créancier peut être insolvable; si la loi admettait l'enchère sans sûreté aucune, les créanciers insolvables qui n'ont rien à risquer surenchériraient toujours. Et à quoi auraient abouti ces folles enchères ? A des frais frustratoires qui auraient diminué la valeur du gage commun, au préjudice des créanciers. Il résulte du principe même de l'enchère qu'elle doit procurer une augmentation certaine du prix offert par le tiers acquéreur; ce n'est qu'à cette condition que la loi permet de rompre le contrat en vertu duquel le tiers acquéreur est devenu propriétaire, et c'est aussi à cette condition que la surenchère peut profiter aux créanciers.

518. Quel doit être le montant du cautionnement ? Sur ce point, la loi nouvelle a dérogé au code civil. D'après l'article 2185, le créancier surenchérisseur devait fournir caution jusqu'à concurrence du prix et des charges ; d'après la loi belge, le cautionnement est limité à vingt-cinq pour cent du prix et des charges. Quel est le motif de cette innovation ? La commission spéciale dit, dans son rapport, que la disposition du code civil avait donné lieu à de justes critiques. Le surenchérisseur ne doit donner caution que jus-

(1) Pont, t. II, p. 625, n° 1367, et les arrêts qu'il cite. Martou, t. IV, p. 137, n° 1471.

qu'à concurrence du préjudice que peuvent éprouver les autres créanciers de l'inexécution des obligations résultant de la mise aux enchères. Et quel est ce préjudice? Si le créancier ne reste pas adjudicataire, il est déchargé; s'il reste adjudicataire et qu'il paye son prix, le cautionnement tombe. Il n'y a lieu de poursuivre la caution que dans un seul cas, celui où le surenchérisseur, étant déclaré adjudicataire, ne paye pas son prix; dans ce cas, il est procédé à une folle enchère, qui conduit à une nouvelle adjudication dont le prix sera inférieur à celui de la précédente; le cautionnement sert de garantie à la différence qui existe entre les deux prix. La loi belge va plus loin; elle a tenu compte des frais auxquels la surenchère donne lieu, des retards qu'elle apporte à la distribution du prix; et elle a évalué tous ces dommages à vingt-cinq pour cent du prix et des charges (1).

519. L'article 2040 porte : « Toutes les fois qu'une personne est obligée par la *loi* à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. » Aux termes de l'article 2018, le débiteur obligé à fournir caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée. L'article 2019 concerne la solvabilité de la caution; elle ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières; la loi ajoute que l'on n'a pas égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation.

520. Nous renvoyons, pour l'explication de ces dispositions, au titre du *Cautionnement*. La loi nouvelle y déroge en un point. Sous l'empire du code civil, on admettait généralement que le cautionnement personnel ne pouvait être ni remplacé ni complété par l'offre d'une hypothèque même sur des biens libres (2); le législateur voulait éviter,

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 61). Martou, t. IV, p. 138, n° 1474.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 530, note 87, § 294.

disait-on, les difficultés et les lenteurs que présente la réalisation du gage hypothécaire. La loi belge permet au créancier d'offrir une caution personnelle ou hypothécaire à son choix. Elle a voulu favoriser la surenchère, parce que c'est la condition essentielle de la purge; l'entraver par des conditions rigoureuses, c'est porter atteinte au droit des créanciers. Si la caution hypothécaire se réalise plus difficilement, par contre elle offre une garantie généralement plus sûre que la caution personnelle (1).

L'article 115 ajoute que le cautionnement peut être remplacé par la consignation d'une somme équivalente à vingt-cinq pour cent du prix et des charges; le créancier qui use de ce droit doit, dans ce cas, notifier copie du certificat de consignation. C'est l'application de l'article 2041, aux termes duquel celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. Mais l'article 115 est plus restrictif que l'article 2041; celui-ci parle d'un nantissement quelconque, tandis que la loi belge veut un dépôt d'une somme d'argent à la caisse des dépôts et consignations. En faut-il conclure que notre loi hypothécaire déroge au code civil? On a soutenu qu'il n'y a pas de dérogation, parce qu'il n'y avait aucun motif de restreindre le nantissement à une somme d'argent, en excluant les rentes sur l'Etat, les créances privilégiées ou hypothécaires (2). Il nous paraît bien difficile d'admettre cette interprétation; il s'agit d'une garantie, qui forme une condition essentielle de la surenchère; la loi prend soin de la déterminer, puis elle ajoute : « le *tout* à peine de nullité ». Donc la consignation d'une somme est aussi prescrite à peine de nullité; cela est décisif.

N° 7. SANCTION.

521. Toutes les dispositions de l'article 115 (code civil, art. 2185) sont prescrites à peine de nullité. Cette rigueur paraît excessive, puisqu'il ne s'agit que de formes. La loi belge s'est écartée de la rigueur de l'ancienne jurispru-

(1) Martou, t. IV, p. 145, n° 1482.
(2) Martou, t. IV, p. 145, n° 1483.

dence en ce qui concerne la nullité des inscriptions hypothécaires; elle ne prononce pas la nullité des notifications que le nouveau propriétaire doit faire aux créanciers inscrits (art. 110) : pourquoi a-t-elle maintenu la peine de nullité pour les formalités de la surenchère? Nous en avons déjà dit la raison. Le droit de surenchérir est de l'essence de la purge; les créanciers ont droit à la valeur réelle de l'immeuble hypothéqué, et la surenchère est le seul moyen de garantir ce droit. On dira qu'à force de vouloir garantir le droit des créanciers, la loi le compromet en multipliant les chances de nullité. C'est l'inconvénient attaché à toutes les formes qui sont sanctionnées par la peine de nullité. Dans l'espèce, il y avait encore un autre intérêt à sauvegarder, celui du nouveau propriétaire; c'est aussi un droit pour lui de maintenir son acquisition, et ce droit se lie à un intérêt général, la stabilité des propriétés. C'est pour ce double motif que la loi s'est montrée plus sévère que d'ordinaire quand il ne s'agit que de simples formes.

522. Mais il ne faut pas exagérer la sévérité de la loi. Le surenchérisseur peut avoir commis des erreurs de calcul, soit en se trompant sur le vingtième, soit en omettant une charge qu'il ne considérait pas comme faisant partie du prix; la jurisprudence même est incertaine. Lui défendra-t-on de redresser ces erreurs? Quand le créancier ajoute à sa réquisition qu'il est prêt à rectifier toutes insuffisances ou erreurs de calcul, sa bonne foi est évidente, et aucun intérêt ne peut être lésé par une surenchère qui est irrégulière, il est vrai, mais qui sera régularisée. Ne faut-il pas étendre cette interprétation au cas où la surenchère ne contiendrait pas la clause que nous venons de mentionner? La bonne foi se présume toujours; on doit donc admettre que le créancier s'est trompé, mais qu'il n'a pas voulu tromper; or, la loi se montre facile quand il s'agit de redresser des erreurs de calcul. Il faut donc admettre que toute erreur de calcul peut être corrigée (1). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens.

(1) Martou, t. IV, p. 137, nº 1472. Pont, t. II, p. 631, nº 1379. Orléans, 18 février 1843 (Dalloz, au mot *Surenchère*, nº 210).

Dans une espèce jugée par la cour de Paris, le créancier s'était engagé, dans l'acte de surenchère, à porter le prix à un dixième en sus du prix de la vente et des charges déclarées. Parmi ces charges se trouvait une redevance au profit d'une commune; le surenchérisseur en avait tenu compte, mais il l'avait mal évaluée. La cour dit que c'est parce que les notifications ne contenaient pas l'évaluation de la charge; elle en conclut que la surenchère était valable, bien que le chiffre fût inférieur au dixième du prix et des charges. Cette décision est fondée en droit aussi bien qu'en équité. Tout ce que le code civil exige, c'est la soumission du créancier de porter le prix à un dixième en sus de celui qui est stipulé au contrat et des charges déclarées; aucune disposition n'impose au surenchérisseur l'obligation d'exprimer numériquement la somme totale à laquelle doit s'élever sa soumission. Qu'importe que le calcul soit inexact? La surenchère n'en peut être viciée, puisque la fixation du chiffre est surabondante et qu'elle ne peut modifier l'engagement qui résulte de la soumission même (1).

Par contre, le créancier peut commettre une erreur à son préjudice, en énonçant une somme qui dépasse le montant de la surenchère; par exemple, en y comprenant les charges et en y ajoutant ensuite ces mêmes charges; le double emploi des charges est évident dans ce cas; néanmoins la cour de Paris a validé la surenchère et les affiches qui reproduisaient cette erreur de calcul. Il a été jugé que le créancier devait être admis à la redresser, sauf à faire de nouvelles affiches dont les frais seraient à sa charge, puisqu'ils étaient occasionnés par sa négligence (2).

N° 8. SIGNIFICATION DE LA SURENCHÈRE.

523. La surenchère doit être signifiée d'abord au nouveau propriétaire (art. 115, 1°; code civil, art. 2185, 1°). Elle est faite en réponse à la notification du tiers acquéreur; celui-ci offre son prix; le créancier surenchérisseur

(1) Paris, 1er décembre 1836 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 210, 2°), et 23 mars 1839 (*ibid.*, n° 166).
(2) Paris, 21 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 211).

le refuse et demande que l'immeuble soit remis en vente. Il faut naturellement que cette réquisition soit signifiée au nouveau propriétaire; c'est lui le principal intéressé, puisque la surenchère tend à l'évincer.

« La même signification doit être faite au précédent propriétaire et au débiteur principal » (art. 115, 3°). Ceux-ci sont intéressés à connaître la surenchère. D'abord le *débiteur principal,* parce que ce sont ses créanciers qui agissent, et qu'il est intéressé à prévenir les suites de leur action, en les désintéressant, s'il en trouve les moyens; il évitera les frais et le recours en garantie qui le soumet à des dommages-intérêts. Le code civil disait que la signification devait être faite *au précédent propriétaire débiteur principal;* il supposait que le précédent propriétaire était aussi le débiteur principal; ce qui est, en effet, la règle, et, dans ce cas, une seule signification suffit; il se peut cependant que le propriétaire précédent, par suite d'une revente, ne soit pas le débiteur personnel; il faut alors deux significations; c'est pour ce motif que la rédaction du code a été changée, sur la proposition de la commission du sénat (1).

524. S'il y avait plusieurs acquéreurs, ou précédents propriétaires ou débiteurs principaux, le créancier devrait signifier la surenchère à chacun d'eux, puisque chacun y est intéressé, et chacun peut invoquer le texte de la loi. Il en serait ainsi quand même il y aurait solidarité entre les acquéreurs, les débiteurs personnels, ou les précédents propriétaires. En matière de surenchère, chacun a son intérêt individuel; il faut que chacun soit averti afin qu'il puisse agir en conséquence. La jurisprudence est en ce sens, et il n'y a, à vrai dire, aucun doute (2).

525. Si les significations doivent être faites à des incapables, l'huissier doit les notifier à ceux que la loi charge de veiller à leurs intérêts, ainsi au tuteur des mineurs et interdits. Quand il s'agit de femmes mariées, la surenchère doit être signifiée à la femme et au mari; telle est la jurisprudence, et elle est fondée sur les principes qui régissent

(1) D'Anethan, Rapport; Lelièvre, Rapport (Parent, p. 426 et 527).

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 530, notes 89 et 90, § 294).

l'incapacité de la femme. Incapable de droit, elle peut acquérir une certaine capacité par son contrat de mariage ; cette capacité suffit-elle pour qu'elle puisse surenchérir? Nous avons dit qu'il y a une grande incertitude sur la capacité qui est requise pour surenchérir ; il est donc utile que la surenchère soit signifiée au mari et à la femme (1).

526. L'article 115 porte que la surenchère sera signifiée par *huissier*, dérogeant en cela au code civil, qui exigeait une signification par un huissier commis par le président du tribunal. M. Lelièvre justifie cette innovation dans son rapport à la chambre des représentants : « Tout huissier, en général, même non délégué spécialement, doit pouvoir notifier semblable exploit ; il faut se garder de multiplier les formes de la procédure sans une nécessité bien constatée. »

La loi sur l'expropriation forcée du 15 août 1854 contient une disposition qui se rapporte aux formalités de la surenchère. Aux termes de l'article 93, « l'acte de réquisition de mise aux enchères contiendra constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre devront être portés ». Cela implique que la surenchère est nécessairement suivie d'une action judiciaire ; en effet, le surenchérisseur donne assignation à trois jours devant le tribunal de la situation des biens pour entendre statuer sur la validité de la réquisition. Il faut un jugement qui déclare la surenchère valable avant de procéder aux enchères ; si la surenchère est déclarée nulle, il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

527. « L'original et les copies des exploits doivent être signés par le créancier requérant ou son fondé de procuration expresse, lequel est tenu de donner copie de sa procuration. » S'il y a un tiers enchérisseur, il doit également signer lesdits actes (art. 115, 4° ; code civil, art. 2185, 4°). La loi veut qu'il y ait une preuve par l'acte même, comme dans tout acte authentique, que la surenchère émane du créancier.

(1) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 627, n° 1370, et Martou, t. IV, p. 148, n° 1488.

528. La loi ne dit pas à quel domicile la signification doit se faire. Il faut donc appliquer la règle générale établie par le code de procédure (art. 68), c'est-à-dire que l'exploit doit être signifié à la personne ou au domicile réel (1).

529. La surenchère doit-elle être rendue publique? Elle intéresse les tiers; en effet, l'immeuble devant être remis en vente, les tiers ne peuvent plus traiter avec le tiers acquéreur menacé d'éviction. Toutefois la loi ne prescrit pas la publicité de l'acte même par lequel le créancier requiert la mise de l'immeuble aux enchères; mais, comme la réquisition doit être suivie d'une instance qui tend à évincer le tiers acquéreur, on en a conclu qu'il y a lieu d'appliquer l'article 3, d'après lequel toute demande en nullité, en résolution ou révocation d'un droit réel immobilier doit être rendue publique par une inscription marginale faite sur les registres du conservateur (2). Cela suppose que la revente a pour effet de résoudre ou de révoquer le droit du tiers acquéreur. Dans notre opinion, la revente n'est autre chose qu'une expropriation forcée; or, l'expropriation ne résout pas plus les droits de celui qui est exproprié, que la vente ordinaire ne résout le droit du vendeur. Nous reviendrons sur ce point. Il y a donc lacune dans la loi; elle aurait dû prescrire la publicité, elle ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de la corriger.

N° 9. DE L'EFFET DE LA SURENCHÈRE.

530. Il est de principe que la surenchère faite par l'un des créanciers devient commune aux autres. L'article 120 (code civil, art. 2190) consacre ce principe, en l'appliquant au désistement du créancier surenchérisseur. Le désistement n'empêche pas que la mise aux enchères ait lieu, à moins que tous les autres créanciers hypothécaires n'y consentent. Cela implique que tous les créanciers peuvent se prévaloir de la surenchère faite par l'un d'eux. D'ordi-

(1) Martou, t. IV, p. 152, n° 1497. Aubry et Rau, t. III, 580, note 91, § 294.
(2) Martou, t. IV, p. 149, n° 1491.

naire les actes juridiques n'ont d'effet qu'à l'égard de ceux qui y figurent comme parties; or, la surenchère est un acte individuel de chaque créancier, elle ne doit pas même être signifiée aux autres. Pourquoi donc la loi la déclare-t-elle commune à tous? D'abord parce que tous les créanciers en profiteront; puis pour éviter que les créanciers ne fassent chacun une surenchère, ce qui aurait multiplié inutilement les frais. Dès que l'un des créanciers surenchérit, les autres peuvent s'abstenir de le faire, leurs intérêts sont sauvegardés. Toutefois cela n'est vrai que si la surenchère est régulière. Car de même qu'une surenchère légale profite à tous les créanciers, de même une surenchère nulle leur nuit, en ce sens qu'ils ne peuvent pas faire de nouvelle enchère si le délai dans lequel ils sont tenus de surenchérir est expiré (1).

531. Il suit de là que la surenchère, une fois faite, ne peut plus être révoquée ni par le concours de volontés du créancier surenchérisseur et du tiers acquéreur, ni par la volonté unilatérale du créancier de qui elle émane. Ainsi le tiers acquéreur ne peut pas arrêter les effets de la surenchère en désintéressant le créancier qui l'a faite. Cela est incontestable en ce qui concerne le droit des autres créanciers; ils ont un droit acquis à la mise de l'immeuble aux enchères, ce droit ne peut leur être enlevé; et ils ont intérêt à ce que la revente se poursuive, puisqu'ils sont sûrs de profiter de l'enchère du vingtième et, de plus, ils ont la chance d'une surenchère (2).

Faut-il aller plus loin et décider, comme on le fait (3), que le créancier surenchérisseur, quoique désintéressé, a le droit de continuer la procédure? Cela nous paraît douteux; quand il est désintéressé, il n'est plus créancier; et conçoit-on que celui qui n'est pas créancier agisse hypothécairement contre le tiers détenteur de l'immeuble et l'exproprie? Ce serait une anomalie que rien ne justifierait. La loi dit bien que la surenchère est commune à tous les

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 532, § 294. Martou, t. IV, p. 187, n° 1547. Pont, t. II, p. 633, n° 1384.
(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 532, note 96, § 294. Pont, t. II, p. 633, n° 1384, et Martou, t. IV, p. 188, n° 1547.
(3) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 532, note 97, § 294.

créanciers, mais tout ce qui en résulte, c'est que la mise aux enchères peut être poursuivie par ceux qui ne l'ont pas faite quand le créancier surenchérisseur n'a plus qualité; cela suffit pour sauvegarder leurs intérêts.

532. Le créancier qui a requis la mise aux enchères peut-il se désister en payant le montant de la soumission aux autres créanciers? Non, c'est la décision formelle du code civil, reproduite par la loi belge (art. 120; code civil, art. 2190); elle est aussi juridique qu'équitable. La surenchère donne un droit à tous les créanciers, donc celui qui l'a faite ne peut s'en désister à leur préjudice; or, le payement du montant de la soumission ne désintéresse pas les autres créanciers; ils ont intérêt à ce que l'immeuble soit mis en vente afin de profiter des chances de surenchère.

L'article 120 ajoute que le désistement n'empêche pas l'adjudication, à moins que tous les autres créanciers hypothécaires n'y consentent. Ce consentement peut être exprès, le code civil l'exigeait même en termes absolus; la loi belge admet aussi le consentement tacite; ce qui est en harmonie avec les principes généraux et cela facilite le désistement. L'article 120 dit comment se donne le consentement tacite; le créancier surenchérisseur somme les autres créanciers de poursuivre l'adjudication dans la quinzaine; s'ils n'y donnent pas suite dans ce délai, ils sont censés renoncer. « En ce cas, dit la loi, l'import de la soumission est acquis aux créanciers dans l'ordre de leurs créances. » Renoncer à la mise en vente, ce n'est pas renoncer au montant de la surenchère; si les créanciers prévoient qu'il n'y aura point de surenchère, ils n'ont aucun intérêt à poursuivre la vente, puisqu'elle donnerait lieu à des frais frustratoires qui ne leur profiteraient pas. Il n'en est pas de même de l'import de la soumission; c'est un profit tout net, auquel les créanciers ne peuvent pas être censés renoncer, puisque ce serait une libéralité, et on ne peut jamais induire une libéralité du silence de celui qui est censé la faire.

533. On demande si le consentement du tiers acquéreur est nécessaire pour la validité du désistement. La cour de cassation a jugé que le tiers acquéreur n'a aucune qualité

pour consentir au désistement, ni pour s'y opposer, ni pour l'attaquer. Elle pose en principe que la réquisition de mise aux enchères ne dépouille pas l'acheteur de son droit de propriété, c'est une offre d'acheter l'immeuble qui sera remis en vente; cette offre peut être dépassée au jour de l'adjudication qu'elle provoque et dont le sort n'est fixé que par l'issue de cette adjudication. Tout ce qui en résulte à l'égard de l'acquéreur, c'est que son titre est menacé; cette menace est un trouble qui l'autorise à suspendre le payement de son prix. Tel est le seul effet que la loi y attache; le tiers détenteur ne demeure pas moins investi de la propriété de l'immeuble qu'il a acheté. Il y a, sous ce rapport, une différence essentielle entre la situation du nouveau propriétaire et celle des créanciers hypothécaires; pour ceux-ci, la surenchère est l'exercice d'un droit qui leur est commun avec le surenchérisseur; tandis que l'acquéreur, loin d'exercer un droit, subit la surenchère, comme détenteur de l'immeuble; il en est donc l'adversaire. De là des conséquences essentiellement différentes. Le surenchérisseur ne peut se désister de son offre sans le consentement des autres créanciers, parce que ce désistement porte atteinte au droit qui leur est acquis non-seulement au montant de l'enchère, mais aussi aux chances d'une nouvelle adjudication; le désistement peut donc entraîner la diminution du gage commun. L'acquéreur, au contraire, n'a rien à perdre au désistement; il y gagne, puisque par le désistement son titre cesse d'être menacé, il reprend toute sa force. Il suit de là qu'il n'a ni droit ni intérêt à consentir au désistement. Voilà pourquoi la loi exige le consentement des créanciers, sans parler du nouveau propriétaire. La doctrine est d'accord sur ce point avec la jurisprudence (1).

534. La loi exige le consentement de tous les créanciers pour la validité de la surenchère. C'est la règle. Elle reçoit des exceptions qui résultent des principes généraux. Pothier en signale une. L'enchérisseur, dit-il, est déchargé

(1) Rejet, 24 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 202). Martou, t. IV, p. 192, n° 1559. Pont, t. II, p. 634, n° 1385.

de son enchère lorsque la chose vient à périr avant l'adjudication. C'est la conséquence des principes qui régissent la promesse d'acheter; cette offre implique l'existence de la chose sur laquelle elle porte; quand la chose périt sans le fait ni la faute du débiteur, celui-ci est dégagé de son obligation, car il est impossible d'acheter ce qui n'existe plus. Il en serait de même, dit Merlin, si la chose venait à périr partiellement (1); le créancier offre un prix plus élevé d'un vingtième pour l'immeuble, tel qu'il existe lors de la surenchère, mais si l'héritage n'existe plus dans son intégrité lorsque l'adjudication devrait se faire, il peut se prévaloir du principe établi par l'article 1601 en abandonnant la vente.

Il y a un second cas dans lequel le surenchérisseur peut se désister de son enchère, c'est quand la surenchère est nulle. La cour d'Agen l'a décidé ainsi dans un cas où le surenchérisseur n'avait pas présenté de caution. Il en résultait que la réquisition était nulle; dès lors les créanciers n'avaient aucun intérêt à s'opposer au désistement, ils étaient intéressés, au contraire, à ce que la surenchère n'eût pas de suite, puisqu'elle aurait occasionné des retards dans la procédure de purge. De son côté, le tiers acquéreur était sans intérêt à attaquer le désistement, puisqu'il consolidait son acquisition. Quant au surenchérisseur, il avait un intérêt évident à se désister, puisque en continuant la procédure il s'exposait à des frais inutiles (2). Il y a cependant un motif de douter. D'après la subtilité du droit, les actes nuls produisent les effets juridiques qui sont attachés à l'acte valable, tant que l'annulation n'a pas été prononcée; la surenchère, quoique viciée, n'est pas radicalement nulle, comme le dit la cour, c'est-à-dire inexistante, elle est seulement annulable; et tant qu'elle n'est pas annulée, elle oblige le surenchérisseur; donc celui-ci ne peut s'en désister qu'avec le concours de volonté des autres créanciers. Tel serait bien notre avis.

(1) Pothier, *De la vente*, n° 494. Merlin, *Répertoire*, au mot *Enchères*, § I, n° 3. Martou, t. IV, p. 189, n° 1551.

(2) Agen, 17 août (ou avril) 1816 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 263). Dans le même sens, Martou, t. IV, p. 189, n° 1550, et Pont, t. II, p. 635, n° 1386.

535. Quel est l'effet de la nullité de l'enchère? Il s'agit de savoir d'abord qui peut demander la nullité. La question n'est pas sans difficulté. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à poser en principe que les significations prescrites en matière de surenchère sont substantielles; ce qui est évident, puisque la loi prononce la nullité. On dit encore que l'accomplissement de ces formalités est indivisible; ce qui est également certain, puisqu'il suffit que l'une des formalités, quelque secondaire qu'elle paraisse, n'ait pas été observée pour que la surenchère soit nulle. Mais de là ne suit pas, comme on le dit, que toute partie ayant intérêt peut opposer la nullité (1). La question de savoir qui peut se prévaloir de la nullité d'un acte juridique dépend du caractère de la nullité; est-elle d'ordre public ou d'intérêt général, toute partie intéressée peut la faire valoir; tandis que si elle est d'intérêt privé, ceux-là seuls dans l'intérêt desquels elle est établie ont qualité pour l'opposer. Nous ne croyons pas qu'il y ait un intérêt public engagé dans ce débat : la surenchère est organisée pour sauvegarder les droits des créanciers hypothécaires, ce qui est un intérêt privé; voilà pourquoi la loi permet aux créanciers de s'en désister sans le concours d'aucune autre volonté. Il faut donc voir dans l'intérêt de qui la loi a prescrit les formalités de la surenchère. C'est d'abord en faveur du nouveau propriétaire; il est certain que c'est dans son intérêt que la loi exige une surenchère d'un vingtième, et il est également d'évidence que la surenchère est dirigée contre lui; elle tend à l'exproprier, il a droit et intérêt à maintenir son titre contre celui qui l'attaque. C'est la raison pour laquelle la loi veut que la surenchère soit signifiée avant tout au tiers acquéreur. La même signification, dit l'article 115 (code civil, art. 2185), doit être faite au précédent propriétaire et au débiteur principal; cela est prescrit à peine de nullité. La surenchère, en effet, les expose à des recours; ils ont par cela même droit et intérêt à en contester la validité.

Le peuvent-ils quoiqu'il s'agisse d'une formalité qui n'a

(1) Chauveau sur Carré, n° 2489. Bordeaux, 31 mars 1841 et 10 mai 1842 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 222).

pas été établie dans l'intérêt de celui qui agit en nullité? C'est une nouvelle difficulté. Ici intervient le principe de l'indivisibilité que la doctrine et la jurisprudence admettent. La surenchère est soumise à une série de formalités, toutes prescrites à peine de nullité : peut-on les diviser, en ce sens que l'on distinguerait les formalités exigées dans l'intérêt du tiers acquéreur et celles qui sont établies dans l'intérêt du précédent propriétaire ou du débiteur principal? Ce serait distinguer là où la loi ne distingue pas. Elle veut que la réquisition, dans son ensemble, soit conforme à ses prescriptions; c'est cette réquisition, valable dans toutes ses parties, qui doit être signifiée aux parties intéressées; la conséquence est que chacune d'elles peut se prévaloir de l'inobservation d'une forme quelconque prescrite pour la validité de l'acte. Ainsi ce que l'on appelle indivisibilité de la surenchère n'est autre chose que l'application du principe qui défend à l'interprète d'introduire dans la loi des distinctions arbitraires. L'acquéreur peut donc se prévaloir d'une cause de nullité qui concernerait spécialement l'ancien propriétaire, ou qui ne se trouverait que dans l'acte qui lui est signifié, et réciproquement (1). Cette dernière conséquence nous paraît excessive; nous constatons l'opinion générale sans la discuter, parce que la matière tient à la procédure.

536. Quel est l'effet de l'annulation de l'enchère? C'est d'abord l'effet de toute nullité : la surenchère est considérée comme n'ayant pas été faite. Mais rien n'empêche que le créancier dont la surenchère a été annulée en fasse une nouvelle. La nullité n'est pas une déchéance : elle tient à l'inaccomplissement de formes prescrites par la loi. Libre au créancier de renouveler les formalités en se conformant à la loi; il n'y a qu'une condition requise, c'est qu'il se trouve encore dans le délai de quarante jours, à l'expiration duquel aucune surenchère n'est plus admise. Par identité de raison, les autres créanciers peuvent former une surenchère sous la même condition (2).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 531, et note 94, § 294. Martou, t. IV, p. 125, n° 1450.
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 531, note 95.

N° 10. DE LA MISE EN VENTE.

537. La réquisition du créancier surenchérisseur tend à ce que l'immeuble soit mis aux enchères publiques. Qui peut poursuivre la vente? Le code civil (art. 2187) portait quela revente aurait lieu à la diligence soit du créancier qui l'avait requise, soit du nouveau propriétaire. Bien que notre loi hypothécaire ne reproduise pas cette disposition, il est certain qu'elle doit toujours recevoir son application. Quant au créancier surenchérisseur, il va de soi que c'est à lui de faire les diligences nécessaires pour la revente, puisqu'il l'a requise et qu'il s'est engagé à porter le prix de l'immeuble à un vingtième en sus de la valeur offerte par le nouveau propriétaire. Celui-ci a aussi intérêt et droit à poursuivre la vente; la surenchère le menace d'éviction; l'incertitude où il se trouve par suite de cette menace paralyse l'exercice de ses droits, il est intéressé à en sortir soit en se portant adjudicataire, soit en se laissant évincer. Enfin tout créancier inscrit peut se faire subroger à la poursuite si le surenchérisseur négligeait d'agir. La surenchère est une affaire commune, elle profite à tous les créanciers; chacun d'eux doit donc avoir le droit d'y donner suite, sinon ils seraient privés du bénéfice de la mise aux enchères, et leur droit périrait, alors que la loi a voulu le sauvegarder. Ce droit a été consacré, en Belgique, par la loi du 15 août 1854 (art. 97), et, en France, par la loi du 2 juin 1841 (art. 833 du code de procédure revisé).

538. La surenchère tend à la revente de l'immeuble. Jusqu'à ce que l'adjudication ait lieu, le tiers détenteur reste propriétaire; c'est contre lui que la revente se poursuit, c'est sa chose qui est mise aux enchères. Sur ce point, tout le monde est d'accord, même la jurisprudence, qui admet que la propriété du tiers acquéreur est résolue par l'adjudication (1); nous reviendrons sur cette opinion que la doctrine repousse généralement. Quand même on l'ad-

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 533, note 103 § 294.

mettrait, il reste vrai de dire que le tiers acquéreur conserve tous ses droits, comme tout propriétaire sous condition résolutoire. Quels sont ces droits?

539. Le tiers détenteur peut-il empêcher la revente en désintéressant les créanciers? Ce droit n'est pas douteux. La mise aux enchères de l'immeuble est l'exercice de l'action hypothécaire des créanciers inscrits; elle tend à l'aliénation de l'immeuble, qui est leur gage, et à la distribution du prix dans l'ordre des inscriptions; or, le tiers acquéreur leur offre le payement de ce qui leur est dû, sans qu'ils aient aucuns frais à supporter. Il s'agit, bien entendu, d'offres réelles faites à deniers découverts; une offre pareille donne aux créanciers ce qu'ils demandent, ils n'ont ni intérêt ni droit de la refuser. Il est vrai que la loi ne le dit point, comme elle le fait pour le tiers détenteur qui délaisse (art. 101; code civil, art. 2174); mais il était inutile de le dire. Le tiers acquéreur peut au besoin invoquer le principe général qui permet à tout tiers non intéressé de payer la dette du débiteur (art. 1236); or, il y est intéressé, puisque c'est le moyen de conserver la propriété de l'immeuble. On pourrait objecter qu'il a commencé par offrir son prix, mais qu'importe? Il a usé d'un droit en offrant son prix; si les créanciers n'acceptent pas son offre, il peut user d'un autre droit qu'il tient également de la loi et qu'il a intérêt à exercer (1).

540. Une autre conséquence du même principe est que l'immeuble périt et se détériore pour le tiers détenteur. Il faut appliquer ce que nous avons dit du délaissement (n° 297). La situation est identique. C'est un tiers détenteur qui est poursuivi hypothécairement; malgré cette poursuite, il reste propriétaire; partant, la chose périt pour lui, en ce sens qu'il n'aura pas de recours en garantie pour cause d'éviction, parce qu'il n'est pas évincé, ou que son recours sera diminué par la perte partielle. La cour de cassation a consacré ce principe en se fondant sur le caractère de la propriété du tiers acquéreur, sujette,

(1) Rejet, 3 février 1808; Orléans, 26 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Surenchère*, nos 266 et 264, 2°). Aubry et Rau, t. III, p. 533, et note 104, § 294.

d'après sa doctrine, à une condition résolutoire ; or, le propriétaire sous condition résolutoire supporte le cas fortuit (1). Nous acceptons la décision, mais nous répudions le motif ; la condition résolutoire, imaginée par la jurisprudence, n'a aucun fondement ni dans les textes, ni dans les principes, comme nous le dirons plus loin.

541. Aux termes de l'article 117, la revente a lieu suivant les formes établies par le code de procédure civile. On était d'accord, lors de la discussion de la loi hypothécaire à la chambre des représentants, que ces formes devaient être modifiées ; et, en attendant que le code de procédure fût revisé, on inséra parmi les dispositions transitoires les articles 13 et 14, d'après lesquels la vente ne devait plus se faire en justice, mais dans les formes plus simples de la loi du 12 juin 1816. La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée a réglé définitivement cette matière en disposant que la vente se ferait devant un notaire commis par le jugement qui reçoit la caution (art. 98 et suiv.).

542. Le tiers détenteur peut se porter adjudicataire. Dans ce cas, naît la question de savoir s'il doit transcrire l'acte d'adjudication. L'article 119 décide la difficulté en ces termes : « L'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » On aurait pu dire que l'acte d'adjudication est un acte translatif de propriété, et que, partant, il y a lieu de le transcrire en vertu de la disposition générale de l'article 1er de la loi hypothécaire. On répond que l'adjudication ne fait que confirmer la première acquisition (2) ; toujours est-il qu'il y a deux actes translatifs de propriété, et que c'est seulement en vertu du second que le tiers détenteur reste propriétaire ; il y avait donc un doute, et le législateur a bien fait de le lever. On conçoit, du reste, qu'il soit inutile d'annoncer aux tiers que l'acquéreur est resté propriétaire, alors que son droit de propriété est déjà rendu public par la transcription du premier acte. En défi-

(1) Cassation, 12 février 1828 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 270).
(2) Martou, t. IV, p. 285, n° 1545. Pont, t. II, p. 635, n° 1388.

nitive, il n'y a pas de mutation de propriété, et ce n'est qu'en cas de mutation que la transcription est nécessaire.

L'article 119 a tort de parler du *jugement* d'adjudication, puisque, en vertu des dispositions transitoires que nous venons de rappeler (n° 541), l'adjudication se fait devant notaire, et ces dispositions sont aujourd'hui définitives. Il y a encore une autre incorrection dans l'article 119. La loi ne mentionne que l'*acquéreur* et le *donataire*; or, il est certain qu'elle s'applique à tout tiers détenteur, à quelque titre qu'il soit devenu propriétaire.

543. L'article 121 (code civil, art. 2191) concerne encore le tiers détenteur qui se rend adjudicataire : « Il a son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque payement ». C'est l'application des principes qui régissent la garantie. Le tiers acquéreur, quoiqu'il reste propriétaire et qu'il n'ait pas cessé un instant de l'être, est néanmoins évincé, car il ne conserve pas la chose en vertu de son titre primitif; ce titre ne l'aurait pas protégé contre l'éviction, puisque, détenteur d'un immeuble hypothéqué, il était sujet à éviction, par suite même de son acquisition, et la revente aux enchères l'aurait réellement évincé s'il ne s'était pas porté adjudicataire. Etant évincé, il a une action en garantie qui lui donne droit à des dommages-intérêts. Il peut répéter la partie du prix qui excède celui qu'il s'était obligé à payer au vendeur, et, de plus, l'intérêt de cet excédant à compter du jour de chaque payement; la privation de la jouissance est pour lui un dommage qu'il éprouve par l'éviction légale qu'il a subie; il a donc droit, de ce chef, à une réparation.

L'article 121 ne parle que de l'acquéreur; il entend par là tout acquéreur à titre onéreux ayant droit à la garantie. Quant aux donataires et légataires, ils n'ont pas de recours en garantie contre le donateur, ou contre les héritiers débiteurs du legs; mais quand ils payent la dette comme détenteurs d'un immeuble hypothéqué, ils peuvent invoquer la subrogation en vertu de l'article 1251, qui subroge aux droits du créancier ceux qui payent la dette

d'un tiers quand ils sont tenus avec lui ou pour lui. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le délaissement (nº 321).

544. L'immeuble peut être adjugé à un tiers. Quel est l'effet de cette adjudication en ce qui concerne le tiers détenteur évincé? Il s'agit de savoir si l'éviction est une résolution, de sorte que l'acquéreur serait considéré comme n'ayant jamais été propriétaire? La négative est si certaine, que l'on a de la peine à comprendre que la jurisprudence se soit prononcée pour l'opinion contraire. Il n'y a de condition résolutoire que celle que les parties stipulent ou que la loi sous-entend. Le contrat en vertu duquel le tiers acquéreur possède est-il fait sous condition résolutoire? Non. La loi sous-entend-elle la condition résolutoire? Non. Donc c'est une acquisition pure et simple, et par suite, le tiers détenteur est propriétaire au moment où l'adjudication se fait. En vertu de quel principe cette adjudication aurait-elle un effet résolutoire? C'est une vente forcée, qui se fait aujourd'hui devant notaire et qui, sous l'empire du code, se faisait en justice. Qu'importent les formes? L'adjudication est essentiellement une vente; or, la vente résout-elle les droits du vendeur comme s'ils n'avaient jamais existé? La question n'a pas de sens. Y a-t-il peut-être quelque chose de particulier à la vente qui se fait sur la poursuite des créanciers hypothécaires? Quand ils la poursuivent directement, c'est une expropriation forcée. Or, le code civil et la loi belge disent formellement que l'adjudication laisse subsister les hypothèques consenties par le tiers détenteur; donc son droit n'est pas résolu, pas plus que ne l'est le droit de celui qui vend volontairement sa chose (art. 105; code civil, art. 2177). Ce qui est vrai de l'expropriation forcée ne serait-il pas vrai de la vente faite après surenchère, en cas de purge? On chercherait vainement une raison de différence. Dans l'un et l'autre cas, il y a une vente qui se fait par suite de l'action hypothécaire : pourquoi dans un cas cette vente aurait-elle un effet résolutoire, tandis que dans l'autre elle ne résout pas le droit du tiers acquéreur?

Les motifs que la cour de cassation donne pour justifier

cette distinction sont d'une faiblesse extrême (1). Et comment en serait-il autrement, alors que la distinction est imaginaire? « La surenchère sur aliénation volontaire, dit la cour, est une *protestation* contre le contrat d'aliénation que les créanciers jugent n'avoir pas réalisé la valeur de leur gage et qu'ils se refusent à *ratifier*. » Une *protestation!* Si l'on demandait à la cour de cassation quelle est la loi ou quel est le principe qui autorise les créanciers à *protester* contre une aliénation parfaitement légitime? Si on lui demandait en vertu de quelle loi ou de quel principe les créanciers ont le droit de *ratifier* une vente que le débiteur peut faire sans leur consentement, et que l'acheteur peut consentir malgré eux? *Ratifie-t-on* quand on n'a pas le droit de *consentir?*

Jusqu'ici nous ne trouvons que des mots, des allégations sans signification comme sans fondement juridique. Continuons. « En formalisant une surenchère, les créanciers, loin de *reconnaître* la propriété du tiers détenteur, s'*attaquent* directement au titre duquel elle dérive pour lui. » Nous ne demanderons plus à la cour de cassation où elle puise le droit imaginaire qui permet aux créanciers hypothécaires de *reconnaître* ou d'*attaquer* la propriété du tiers détenteur; nous lui demanderons s'il est vrai que les créanciers qui surenchérissent *attaquent* le titre en vertu duquel le tiers acquéreur est devenu propriétaire? Pour qu'un *titre* puisse être *attaqué*, il faut qu'il soit *vicié*. Quel est le vice qui entache le titre du nouveau propriétaire? Il est légataire, donataire, il déclare la valeur de la chose et l'offre aux créanciers inscrits; ceux-ci la refusent et requièrent la mise de l'immeuble aux enchères, c'est-à-dire qu'ils poursuivent le tiers détenteur en vertu de leur droit hypothécaire. Cela s'appelle-t-il *attaquer* le titre, *donation* ou *testament?* La question n'a pas de sens. Si c'est en vertu d'une vente que le tiers détenteur est devenu propriétaire, nous demandons encore une fois si les créanciers, en requérant la mise aux enchères, entendent *attaquer* le *titre*. De

(1) Voyez les arrêts des 12 novembre 1834, 28 mars 1843, 10 avril 1848, et les autres arrêts cités par Pont, t. II, p. 639, n° 1395, note 1; Aubry et Rau, t. III, p. 535, notes 109 et 110.

quel chef l'attaqueraient-ils? Parce que le prix qui y est porté ne représente point la véritable valeur de l'immeuble? Est-ce qu'un prix que les créanciers trouvent insuffisant vicie la vente? S'il y avait un vice, et si les créanciers *attaquaient* le titre, ils devraient agir en nullité : est-ce ainsi qu'ils procèdent? Ils requièrent la mise de l'immeuble aux enchères; loin d'attaquer la vente, ils la respectent; ils demandent seulement que la chose soit revendue, parce que l'offre du tiers détenteur n'est point suffisante et qu'ils ont droit, en vertu de leur hypothèque, à la valeur totale de l'immeuble.

Ce n'est pas ainsi que la cour de cassation l'entend. « L'action des créanciers, selon elle, a pour *but* et doit avoir pour résultat nécessaire de *faire tomber le titre du tiers détenteur* et de lui substituer un nouveau contrat, qui fera passer *sans intermédiaire* la propriété des mains du *débiteur* entre les mains de l'*adjudicataire.* » La conséquence est digne des prémisses. C'est un droit nouveau que le code civil ignore, et ce droit imaginaire se trouve en opposition avec les principes les plus élémentaires. L'*action des créanciers fait tomber le titre du tiers détenteur!* Ainsi quand le tiers détenteur possède comme légataire, le legs *tombe*. Voilà certes une *caducité* que nos lois ignorent et qui est de l'invention de la cour. Si le titre du tiers détenteur tombe, qui transmettra la propriété à l'adjudicataire? C'est le *débiteur*, dit la cour, qui, sans intermédiaire, fait passer la chose dans les mains du tiers détenteur. Dans l'espèce, le débiteur, c'est le testateur. C'est donc le testateur qui, lors de l'adjudication, transmet directement la propriété à l'adjudicataire! C'est-à-dire qu'il revit pour transmettre la propriété de sa chose! On nous dira que la cour de cassation n'a pas pensé au legs. Soit; elle aurait dû y penser, alors elle se serait arrêtée devant l'absurdité à laquelle aboutit sa jurisprudence. Sa doctrine n'est, du reste, pas plus vraie en cas de vente qu'en cas de legs. Le tiers acquéreur est devenu propriétaire incommutable en vertu de son titre; c'est lui seul qui, comme propriétaire, peut transmettre la propriété à l'adjudicataire. L'ancien propriétaire, que la cour appelle débiteur, a cessé

d'être propriétaire ; et par quelle étrange fiction son droit renaîtrait-il ? Revenons un instant à la comparaison que nous faisions entre le tiers détenteur contre lequel les créanciers requièrent la mise aux enchères et le tiers détenteur qui délaisse sur la poursuite des créanciers. Leur situation est identique. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 97 (code civil, art. 2167). Le tiers détenteur qui purge est aussi le tiers détenteur qui peut délaisser; les créanciers qui figurent dans la purge sont aussi les créanciers qui somment le tiers détenteur de délaisser ou de payer; la poursuite aboutit, dans l'une et l'autre hypothèse, à l'expropriation quand les créanciers exercent la surenchère. Et l'on veut que l'adjudication qui termine l'une et l'autre procédure ait un effet tout différent dans une situation identique, selon que le tiers détenteur purge ou délaisse! Là où les parties sont les mêmes, où leurs droits sont les mêmes, où leur but est le même, l'effet doit aussi être identique; le bon sens le dit, aussi bien que le droit. C'est l'avis de la plupart des auteurs (1); nous sommes surpris de voir Martou se ranger du côté de la jurisprudence sans même discuter la question et sans donner un motif à l'appui de son opinion.

545. Si l'on admet le principe que nous venons d'établir, les conséquences qui en découlent ne sauraient être contestées. On suppose qu'après payement des créanciers inscrits, il reste un reliquat : à qui appartient-il? Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Le prix appartient au propriétaire; or, c'est le tiers détenteur qui est propriétaire; donc l'excédant lui appartient, comme il appartient au tiers détenteur qui délaisse (nº 362). Dans la doctrine que la jurisprudence a consacrée, c'est le précédent propriétaire, débiteur principal, qui aliène; c'est donc à lui, c'est-à-dire à ses créanciers chirographaires qu'appartient le reliquat du prix. Tout, dans cette opinion, est illogique, contradictoire, bizarre (le mot n'est pas de nous). Il s'agit d'un tiers détenteur; il peut prendre plusieurs partis, purger, ou délaisser, se laisser exproprier.

(1) Voyez les arrêts cités plus haut, p. 496, note 1.

Se laisse-t-il exproprier ou délaisse-t-il, il ne fait rien pour éviter l'éviction, et cependant, s'il reste un reliquat après que les créanciers sont désintéressés, il y a droit. Purge-t-il, il offre aux créanciers son prix, sauf à ceux-ci d'user du droit de surenchère ; et s'ils en usent, le reliquat ne lui appartiendra pas. MM. Aubry et Rau ont-ils tort de qualifier ce droit-là d'inexplicable bizarrerie? Ce n'est pas tout. Quels sont les créanciers qui figurent dans la purge, comme dans toute action hypothécaire? Les créanciers inscrits, c'est-à-dire hypothécaires ; quant aux créanciers chirographaires, ils sont absolument étrangers à une procédure qui est dirigée contre le tiers acquéreur, puisqu'ils n'ont aucun droit contre lui. Et l'on veut que ces créanciers aient droit au produit d'une action qu'ils n'ont pas le droit de former ! Ce n'est pas tout. On refuse au tiers acquéreur la qualité et les droits de propriétaire quand il s'agit du prix de la chose qui lui a appartenu, par la raison qu'il est censé n'en avoir jamais eu la propriété ; et, d'un autre côté, on lui accorde un recours en garantie contre son vendeur. Nouvelle contradiction. A quel titre l'acheteur a-t-il droit à la garantie? Le vendeur s'était engagé à le rendre propriétaire, et il manque à cet engagement en ce sens qu'il lui transmet une chose grevée de droits réels qui ont conduit à l'éviction. C'est donc à titre de propriétaire évincé que le tiers détenteur peut agir en garantie. Ainsi le tiers acquéreur est propriétaire et il ne l'est pas. Si la vente est résolue de manière que le nouveau propriétaire est censé ne l'avoir jamais été, de quel droit aura-t-il une action en garantie? Et s'il a droit à la garantie parce que son titre n'est pas résolu, pourquoi lui refuse-t-on l'excédant qui reste du prix de son héritage (1)?

546. Le tiers détenteur, évincé par la surenchère, avait constitué des hypothèques sur l'immeuble. Que deviennent ces hypothèques après l'adjudication? Sur cette question, il y a dissentiment entre les auteurs. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il faut répondre, sans doute aucun, que ces hypothèques subsistent. En effet, le tiers détenteur

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 535, note 110, § 294.

a été propriétaire, quoiqu'il ait été évincé; l'éviction procède, non d'un propriétaire contre un possesseur qui ne l'est pas, mais d'un créancier hypothécaire contre le propriétaire; c'est en vertu du droit hypothécaire, et non en vertu d'une action en revendication que le tiers détenteur est évincé. Il a donc été propriétaire, et il reste propriétaire jusqu'au moment de l'adjudication. Cela est décisif. A titre de propriétaire, il a eu le droit de concéder des hypothèques, comme tout acheteur; ces hypothèques subsistent, de même que celles qui sont consenties par tout acheteur lorsque l'immeuble est revendu. La vente ne porte aucune atteinte aux hypothèques établies par celui qui vend; cela est élémentaire. Il y a un texte qui le décide formellement, c'est l'article 105 (code civil, art. 2177). Le tiers détenteur est exproprié : que deviennent les hypothèques qu'il a consenties? Elles subsistent, dit la loi. Or, la situation du tiers détenteur qui est surenchéri est la même : c'est toujours un tiers acquéreur qui est exproprié par suite d'une action hypothécaire; donc la décision doit être identique; il y a plus qu'analogie, il y a identité.

Cependant on se prévaut de cette même disposition pour en induire que, la loi ayant maintenu les hypothèques en cas d'expropriation et ne les ayant pas maintenues en cas de surenchère, il faut décider qu'elles tombent quand le tiers détenteur est surenchéri. C'est une argumentation *a contrario*, et de la pire espèce. Il est de règle que l'on ne peut pas se prévaloir du silence de la loi quand on invoque ce silence contre une décision de la loi; en d'autres termes, l'argument *a contrario* est admissible quand il est en harmonie avec les principes, et on doit le rejeter quand il est en opposition avec les principes. Or, l'interprétation que l'on donne à l'article 2177 (loi hyp., art. 105) est plus que contraire aux principes, elle est en opposition avec le texte de la loi, puisque cette disposition, applicable au délaissement, est applicable à la surenchère en vertu de l'article 2167 (loi hyp., art. 97), le délaissement et la surenchère étant la suite d'un seul et même droit, du droit hypothécaire. Il faut donc dire que l'article 1277 est applicable à la surenchère par identité de

motifs, ce qui exclut toute argumentation fondée sur le silence de la loi; il n'y a pas silence de la loi, elle a parlé dans les articles 2167 et 2177. Les contradictions abondent de nouveau dans l'opinion contraire. Qu'est-ce que la purge? Une garantie pour les tiers acquéreurs, un moyen de consolider leurs droits. Eh bien, on la tourne contre eux en déclarant anéanties les hypothèques qu'ils ont consenties. C'est leur enlever le droit de disposition attaché à la propriété, alors que la purge devait consolider leur propriété. Et, d'un autre côté, on respecte cette propriété dans les mains du tiers détenteur qui délaisse! La contradiction est palpable. Nous croyons inutile d'insister; il ne devrait pas y avoir de controverse lorsque la loi a parlé; or, elle a parlé dans les articles 2167 et 2177.

Il y a des auteurs qui se rendent la tâche plus facile. Troplong déclare que les hypothèques tombent, parce que le droit de propriété du tiers détenteur est résolu; pas un motif de plus, comme si la résolution était un axiome! Grenier imagine une résolution avec des restrictions, c'est-à-dire une condition résolutoire qui résout et qui ne résout pas. C'est de l'arbitraire tout pur, et un mauvais arbitraire. La loi ne connaît qu'une seule résolution, celle qui remet les choses dans le même état que si le contrat n'avait jamais existé (art. 1183); donc il n'y a pas lieu à distinguer: les droits du tiers acquéreur sont résolus pour le tout ou ils ne le sont pas. Ces hésitations, ces distinctions arbitraires ne prouvent qu'une chose, c'est que l'opinion que nous combattons est extralégale, disons le mot, elle est contraire à la loi, comme à tout principe (1).

547. Le tiers détenteur doit-il restituer les fruits qu'il a perçus? Nous avons dit ailleurs combien il y a d'incertitude, dans la doctrine et dans la jurisprudence, sur la restitution des fruits quand il y a une condition soit suspensive soit résolutoire (t. XVII, n°s 84, 85 et 154). Dans la matière de la surenchère, ces incertitudes et ces débats se reproduisent. Si l'on s'en tient aux textes et aux principes, la décision est très-simple, et l'on peut dire qu'elle est évi-

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 536, note 111, § 294.

dente, précisément parce qu'il y a des textes et des principes incontestables. A qui appartiennent les fruits? Au propriétaire art. 547). Or, le tiers détenteur est propriétaire; la loi lui (donne ce nom, elle l'appelle toujours le *nouveau propriétaire* (art. 110, 111, 113, 115, 116, 122); donc il gagne les fruits. Doit-il les restituer lorsqu'il est surenchéri? A quel titre devrait-il les restituer? Parce que son droit de propriété est résolu? La loi ne dit point qu'il est résolu, elle dit plutôt le contraire; l'article 118 porte que l'acquéreur ou le donataire est *dépossédé*, c'est-à-dire évincé par une action hypothécaire: est-ce qu'une action hypothécaire résout le droit du propriétaire évincé? L'article 105 (code civil, art. 2177) dit décidément le contraire, puisqu'il maintient les hypothèques consenties par le tiers détenteur; et l'article 104 (code civil, art. 2176) lui donne droit aux fruits jusqu'à ce que l'action hypothécaire soit intentée par la sommation de délaisser ou de payer. Si le tiers détenteur qui délaisse gagne les fruits, pourquoi le tiers détenteur qui purge ne les gagnerait-il pas? C'est toujours du tiers détenteur qu'il s'agit; le droit aux fruits doit être le même, en principe, puisque c'est la propriété qui donne droit aux fruits; et le tiers détenteur est propriétaire, soit qu'il délaisse, soit qu'il purge. C'est le droit de purger qui est le plus favorable, puisqu'il a été organisé pour maintenir la propriété du tiers acquéreur: par quelle inconcevable contradiction le tiers détenteur qui purge perdrait-il le droit aux fruits, alors qu'il les aurait gagnés s'il avait délaissé? La situation du tiers détenteur quant aux fruits est meilleure quand il purge que lorsqu'il délaisse; il reste propriétaire jusqu'à l'adjudication; les fruits ne sont pas immobilisés, puisque les créanciers hypothécaires n'agissent pas par voie d'expropriation. La conséquence est que le tiers détenteur gagne les fruits qu'il perçoit jusqu'à l'adjudication, sauf à tenir compte des intérêts du prix, en vertu de l'article 1652 (1).

Il y a un arrêt de la cour de cassation sur notre question. Elle maintient le principe que nous venons de com-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 536, note 112, § 294. Pont, t. II, p. 640, nº 1395 *bis*, et les autorités qu'ils citent.

battre, celui de la résolution des droits du tiers détenteur, et néanmoins elle décide que celui-ci ne doit point restituer les fruits. La contradiction nous paraît évidente. Si le droit du tiers détenteur est résolu, en ce sens qu'il est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire, à quel titre gagnerait-il les fruits? L'article 547 dit que les fruits appartiennent au propriétaire : de quel droit la cour de cassation les attribue-t-elle à un tiers détenteur qui n'a jamais été propriétaire? Nous ne trouvons d'autre argument dans l'arrêt que la possession de bonne foi du tiers détenteur (1). La cour entend-elle dire que le tiers détenteur peut invoquer l'article 549, qui accorde les fruits au possesseur de bonne foi? Nous l'ignorons, puisque l'arrêt ne discute pas ce point; toujours est-il que l'article 549 est le seul qui donne un droit aux fruits au possesseur de bonne foi; or, il est certain que le tiers détenteur n'est pas un possesseur de bonne foi, dans le sens de l'article 549; on n'a qu'à lire la définition de l'article 549 pour s'en convaincre. Donc, dans la doctrine de la cour, le tiers détenteur gagnerait les fruits sans titre aucun, car il n'est ni propriétaire ni possesseur de bonne foi. Faut-il demander à la cour de quel droit elle attribue les fruits à un tiers détenteur, auquel le texte du code le refuse si on le considère comme possesseur, et qui ne peut les gagner comme propriétaire, puisque, d'après la jurisprudence de la cour, il ne l'a jamais été?

548. Il y a un effet de la mise en vente qui est incontestable. C'est que le tiers adjudicataire doit faire transcrire son titre, l'acte d'adjudication, pour qu'il puisse l'opposer aux tiers. C'est l'application de l'article 1er de notre loi hypothécaire : tout acte translatif de droits réels immobiliers doit être transcrit, donc aussi l'acte d'adjudication qui transmet la propriété de l'immeuble à l'adjudicataire.

549. La mise en vente a encore d'autres effets quand c'est un tiers qui se porte adjudicataire. Dans ce cas, le nouveau propriétaire contre lequel la surenchère a été exercée se trouve *dépossédé*, comme le dit l'article 118

(1) Rejet, chambre civile, 19 avril 1865, sur les conclusions contraires de l'avocat général, après délibéré en chambre du conseil (Dalloz, 1865, 1, 208).

(code civil, art. 2188), c'est-à-dire évincé. Il est dans la même situation que le tiers détenteur sur lequel les créanciers ont poursuivi l'expropriation de l'immeuble; par conséquent, il faut appliquer l'article 106 (code civil, art. 2178) : « Le tiers détenteur qui a subi l'expropriation de l'immeuble a son recours tel que de droit contre le débiteur principal. » Que le tiers détenteur soit dépossédé par suite d'une surenchère, ou par suite d'une expropriation, toujours est-il qu'il subit une éviction, et que le prix provenant de son héritage sert à payer les créanciers; par conséquent, il a l'action en garantie si son titre lui donne droit à la garantie, et il est subrogé aux droits des créanciers qu'il a désintéressés. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n[os] 319-321). On voit ici combien il est inexact de faire une différence entre le tiers détenteur qui purge et le tiers détenteur qui est exproprié, soit qu'il délaisse ou non. La loi ne dit rien du recours qui appartient au tiers détenteur qui est surenchéri, sauf en ce qui concerne la restitution des frais, dont nous allons parler; tandis qu'elle donne un recours au tiers détenteur qui délaisse, ou qui est exproprié. Est-ce à dire que l'acquéreur surenchéri n'a point de recours? Personne n'a songé à tirer cette induction du silence de la loi; tout le monde lui accorde un recours tel que de droit, comme dit l'article 106 (code civil, article 2178) (1). Il faut donc dire que la situation du tiers détenteur est toujours la même, quelque parti qu'il prenne, qu'il purge, qu'il délaisse, ou qu'il soit exproprié directement.

550. La loi contient une disposition spéciale sur les frais; aux termes de l'article 118 (code civil, art. 2188), « l'adjudicataire est tenu, au delà de son prix d'adjudication, de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification et ceux faits par lui pour parvenir à la revente. » Pourquoi la loi met-elle ces frais à charge du tiers adjudicataire? On en a donné des raisons qui sont inadmissi-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 537, note 113, et les autorités qu'ils citent.

bles. Les partisans de la résolution des droits du nouveau propriétaire surenchéri se sont prévalus de cette disposition et ont prétendu que le tiers détenteur surenchéri avait droit à la restitution des frais, parce que son titre est résolu rétroactivement. C'est faire dire à la loi ce qu'elle n'a pas entendu décider. L'article 118 n'a pas pour objet de donner à l'acquéreur dépossédé un recours pour les frais, il a pour objet de décider que les frais sont mis à charge de l'adjudicataire. D'après les principes généraux, les frais font partie des restitutions et dommages-intérêts auxquels l'acquéreur évincé a droit contre son vendeur à titre de garantie; c'est donc le garant qui aurait dû les restituer au tiers détenteur surenchéri. Pourquoi la loi, par exception, les met-elle à charge de l'adjudicataire? Le motif de droit se trouve dans l'article 1593, qui met à charge de l'acheteur les frais d'actes et autres accessoires à la vente; or, tous les frais dont parle l'article 118 (code civil, article 2188) sont des frais de purge, et c'est la purge qui a rendu l'adjudicataire propriétaire. Le motif d'équité se trouve dans la position du vendeur contre lequel le tiers détenteur aurait dû réclamer les frais; régulièrement il est insolvable, ou ses affaires sont très-embarrassées, puisqu'il s'est vu dans la nécessité de vendre l'immeuble sans payer les dettes dont il était grevé; le recours contre lui aurait donc été inefficace. D'ailleurs il y a des tiers détenteurs qui n'ont pas l'action en garantie; il serait injuste de leur faire supporter des frais qui profitent à l'adjudicataire, frais qu'ils ont avancés pour conserver l'immeuble; si, par suite de la surenchère, ils ne le conservent pas, il est juste que ce soit le surenchérisseur qui supporte les frais; il n'a guère le droit de s'en plaindre, car, sachant qu'il doit restituer ces frais, il en aura tenu compte en calculant le montant de sa surenchère. En définitive, ce sont les créanciers hypothécaires qui supporteront les frais; ce qui est très-juste, puisque ces frais sont nécessaires pour la réalisation de leur gage (1).

551. La loi ne dit rien des impenses que le tiers dé-

(1) Martou, t. IV, p. 181, n° 1540. Aubry et Rau, t. III, p. 537, notes 114 et 115, § 294. Pont, t. II, p. 641, n° 1396.

tenteur a faites, sans doute parce qu'il est rare qu'il en fera, puisque, voulant purger, il doit s'attendre à une surenchère; et, dans cette incertitude sur le sort de son acquisition, il se décidera rarement à faire des travaux sur un fonds qu'il n'est pas sûr de conserver. Toutefois cela est arrivé. De là des difficultés. On demande d'abord si l'acquéreur a droit à une indemnité du chef de ces dépenses. L'affirmative nous paraît certaine, elle est écrite dans le texte de la loi. L'article 103 dispose, en termes généraux, que le tiers détenteur peut répéter ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration. Cette disposition doit être appliquée, par analogie, pour mieux dire, par identité, au tiers détenteur qui est surenchéri. Qu'importe qu'il soit évincé par surenchère ou par expropriation directe? Toujours est-il qu'il a procuré au fonds une plus-value et que l'équité exige qu'il en soit indemnisé par celui à qui l'amélioration profite. Reste à savoir qui doit payer l'indemnité. Celui qui en profite, puisqu'il ne peut s'enrichir aux dépens du tiers détenteur. Or, ce sont les créanciers qui profitent de l'augmentation de valeur que l'immeuble a reçue par les travaux du tiers détenteur; en effet, le prix que l'adjudicataire paye est naturellement calculé sur la valeur de l'immeuble, donc sur la plus-value qu'il a reçue. Tel est aussi le principe établi par l'article 103 (code civil, art. 2175).

C'est l'opinion de la plupart des auteurs, sauf des dissentiments sur des détails (1). La jurisprudence est divisée. La cour de Bordeaux a condamné l'adjudicataire à restituer les impenses. On a critiqué avec raison cette étrange décision : l'adjudicataire a payé les impenses, puisqu'il a proportionné sa surenchère à la valeur de l'immeuble, y compris la plus-value. Si on le forçait à restituer la plus-value, qu'en résulterait-il? C'est qu'il ne surenchérirait point, ou il calculerait sa surenchère en déduisant la valeur des impenses, de sorte que les créanciers ne profiteraient pas de l'import des travaux. C'est donc à eux, en

(1) Martou, t. IV, p. 183, n° 1542. Aubry et Rau, t. III, p. 538, note 116, § 294. Pont, t. II, p. 641, n° 1397.

définitive, que les travaux profitent si on ne met pas les dépenses à charge de l'adjudicataire; partant, ils doivent les supporter. C'est la décision de la cour d'Orléans (1).

552. La loi ne dit pas comment se fait la purge en cas de surenchère, elle n'avait pas besoin de le dire; cela résulte de l'article 117 (code civil, art. 2187). L'immeuble est mis aux enchères, on procède à l'adjudication et le prix est distribué entre les créanciers, qui viennent en ordre utile; par suite, l'immeuble se trouve purgé des charges hypothécaires. Cette matière n'est pas de notre domaine, elle appartient à la procédure.

Nº 11. DU CAS OU IL N'Y A PAS DE SURENCHÈRE.

553. Le tiers acquéreur qui purge doit déclarer, dans les notifications qu'il fait aux créanciers, qu'il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur qu'il indique (art. 113; code civil, art. 2184). C'est une offre qu'il fait aux créanciers. Ceux-ci peuvent l'accepter ou la refuser, en demandant que l'immeuble soit remis en vente. Nous supposons qu'ils ne requièrent pas la mise aux enchères; c'est dire qu'ils acceptent l'offre qui leur est faite parce qu'ils la trouvent suffisante. Elle sera suffisante si la somme offerte suffit pour désintéresser les créanciers, ou si, quoique inférieure au montant des créances inscrites, elle représente la valeur exacte de l'immeuble; quand même il y aurait une légère différence entre l'offre et la valeur, ils sont encore intéressés à accepter l'offre, puisqu'ils ne pourraient la refuser qu'en surenchérissant d'un vingtième, et nous supposons que la différence n'est pas d'un vingtième.

Comment se fait l'acceptation? Elle peut être expresse si les créanciers répondent aux notifications du tiers acquéreur qu'ils acceptent son offre. Elle est tacite, en vertu de l'article 116 (code civil, art. 2186), si les créanciers ne

(1) Voyez les citations dans Pont, t. II, p, 641, nº 1397. Comparez Bruxelles, 11 août 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 365).

requièrent pas la mise aux enchères dans les formes et dans le délai prescrits par la loi. Ils sont mis en demeure d'accepter l'offre ou de la refuser; leur silence implique acceptation, puisque, en cas de refus, ils auraient dû surenchérir dans les quarante jours. Ce délai est de rigueur; s'ils le laissent expirer sans surenchérir, leur intention doit être d'accepter l'offre du nouveau propriétaire. La loi a dû prescrire un bref délai à peine de déchéance, puisque le but de la purge est de consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur; et régulièrement les créanciers ont intérêt à accepter l'offre du nouveau propriétaire, puisqu'elle sera presque toujours suffisante; ce qui concilie le droit de l'acquéreur avec le droit des créanciers hypothécaires.

Il y a un cas dans lequel l'acceptation des créanciers est forcée. L'article 116 dit qu'il y a acceptation à défaut par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans les *formes* prescrites. Si ces formes n'ont pas été observées, la surenchère est nulle; et si, dans ce cas, le délai de quarante jours est écoulé, il ne peut plus y avoir de nouvelle surenchère; partant, il y a déchéance du droit de surenchérir, et l'on procède comme si les créanciers avaient volontairement laissé passer le délai légal sans exercer le droit de surenchère, car la surenchère nulle est considérée comme n'ayant jamais été faite (1).

554. Quelle est la conséquence de l'acceptation des offres du tiers détenteur? L'article 116 répond que la valeur de l'immeuble demeure, dans ce cas, fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire. En vertu de quel principe le chiffre est-il définitivement fixé? L'offre suivie de l'acceptation forme une convention; cette convention implique que l'immeuble sera libéré des hypothèques qui le grèvent moyennant la distribution de la somme offerte par le nouveau propriétaire entre les créanciers inscrits. C'est dire que cette convention réalise le droit hypothécaire des créanciers; il est réalisé, en ce sens qu'ils ont droit à une somme qui représente la valeur

(1) Pont, t. II, p. 613, n° 1329.

de l'immeuble, et c'est à cela que tend l'hypothèque. Toutefois les hypothèques ne sont pas encore éteintes; la purge, comme nous le dirons plus loin, n'est accomplie que par le payement des créanciers.

555. Quel est le sens de ces expressions de l'article 116 (code civil, art. 2189) « que la valeur de l'immeuble demeure *définitivement* fixée à la somme offerte par le nouveau propriétaire »? Il y a eu d'assez longues discussions sur ce point devant les tribunaux; la conclusion à laquelle est arrivée la jurisprudence, ainsi que la doctrine, manque de clarté et de précision. Un premier point est certain : les créanciers ne peuvent pas, après qu'ils ont accepté l'offre du tiers acquéreur, soutenir que la somme offerte n'est pas la représentation exacte de la valeur de l'immeuble, car ce serait rompre la convention qu'ils ont formée, et toute convention est irrévocable. Aux termes de l'article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent pas être révoquées par la volonté de l'une des parties contractantes, elles ne peuvent l'être que de leur consentement mutuel. Mais la loi ajoute qu'elles peuvent aussi être révoquées pour les causes que la loi autorise. C'est ce principe qui nous servira à décider la controverse qui s'est élevée sur le sens de l'article 2186 (loi hyp., art. 116). Par suite de l'acceptation des créanciers, il s'est formé une convention; les créanciers ne peuvent pas, par leur volonté, revenir sur leur acceptation en soutenant que la somme offerte ne représente pas la valeur véritable de l'immeuble; ce serait révoquer la convention, et ils n'en ont pas le droit. Mais ils peuvent demander la révocation de la convention pour les causes que la loi auto rise. Quelles sont ces causes?

L'acquéreur a dissimulé une partie du prix dans les no tifications qu'il a faites aux créanciers; au lieu de 15,000 fr. prix réel, il a déclaré un prix de 12,000 francs; les créan ciers l'ont accepté. Peuvent-ils demander que le prix véritable leur soit distribué? L'affirmative est admise par la jurisprudence et par la doctrine, mais il importe de préciser le véritable motif de décider. On dit d'ordinaire qu'il y a fraude, et que la loi permet aux créanciers d'attaquer les

actes faits en fraude de leurs droits (1). Ce serait donc par l'action paulienne que les créanciers attaqueraient la convention. Cela n'est pas exact. L'action paulienne est donnée aux créanciers contre les conventions où ils n'ont pas été parties, et que leur débiteur a faites de complicité avec des tiers; tandis que, dans l'espèce, les créanciers sont parties à la convention qui s'est formée entre eux et le nouveau propriétaire. Il faut laisser de côté l'action paulienne quand il s'agit d'une dissimulation du prix, sauf à voir si les créanciers n'ont pas d'autre action. La dissimulation dont ils se plaignent est une fraude dont le but est de priver les créanciers d'une partie de la valeur de l'immeuble; s'ils se sont contentés d'une valeur moindre déclarée par le nouveau propriétaire, c'est par erreur; ils croyaient que la somme offerte était le vrai prix, ils se sont trompés, et c'est la fraude du nouveau propriétaire qui les a induits en erreur; ils peuvent demander, de ce chef, la nullité de la convention. En effet, l'erreur est substantielle, dans l'espèce, car il est de l'essence de la purge que les créanciers reçoivent la valeur intégrale de l'immeuble. On objecte qu'ils se sont contentés d'une valeur moindre, que, par suite, cette valeur doit être considérée comme suffisante; ce qui exclut une action fondée sur le préjudice que leur causeraient la fraude et l'erreur qui en a été la suite. Nous répondons que l'action des créanciers n'est pas fondée sur l'insuffisance du prix; elle est fondée sur un vice de consentement, l'erreur; les créanciers ne pourraient pas revenir sur leur consentement par la seule raison de l'insuffisance du prix, mais ils peuvent demander la nullité de la convention qu'ils ont consentie; c'est une des causes que la loi autorise, comme le dit l'article 1134.

Les créanciers pourraient aussi avoir l'action paulienne, mais c'est dans de tout autres circonstances et sous d'autres conditions. Troplong rapporte un arrêt de la cour de Nancy qui l'a décidé ainsi dans une cause remarquable. La vente même en vertu de laquelle le tiers détenteur était devenu

(1) Martou, t. IV, p. 175, n° 1534. Lelièvre, Rapport (Parent, p. 161). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, nos 2113 et 2114.

propriétaire avait été faite en fraude des créanciers; la venderesse était une duchesse de Choiseul; les acquéreurs étaient complices de la fraude. Les créanciers n'attaquèrent point la convention intervenue entre eux et les nouveaux propriétaires; ceux-ci n'avaient point dissimulé une partie du prix porté au contrat, les notifications étaient la reproduction de l'acte de vente. Mais la vente était frauduleuse, et les créanciers avaient le droit d'en demander la nullité pour cause de fraude. En effet, toutes les conditions de l'action paulienne se rencontraient dans l'espèce : il y avait préjudice pour les créanciers, fraude du débiteur et complicité du tiers (1).

556. Quoique le prix soit définitivement arrêté par l'acceptation des créanciers, la convention qui intervient entre eux et le nouveau propriétaire ne purge pas encore les hypothèques; la purge ne s'accomplit que par le payement. Le tiers acquéreur s'est obligé à payer les créanciers en leur distribuant le prix qu'ils ont accepté ; il les paye dans l'ordre de leurs inscriptions, et en payant, il se libère des priviléges et hypothèques, dit l'article 116 (C. c., art. 2186). C'est l'application du droit commun, les priviléges et hypothèques s'éteignant par l'extinction de l'obligation principale. Au fur et à mesure que les créanciers sont désintéressés, ils donnent mainlevée des inscriptions, lesquelles sont radiées sur la poursuite du nouveau propriétaire.

Mais il peut y avoir et il y a le plus souvent des créanciers qui ne viennent pas en ordre utile, parce que l'immeuble est grevé d'inscriptions au delà de sa valeur. L'article 116 (code civil, art. 2186) contient à cet égard la disposition suivante : « Les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile seront rayées pour la partie qui l'excédera, par suite de l'ordre amiable ou judiciaire dressé conformément aux lois de la procédure. » C'est là l'effet proprement dit de la purge et son utilité; elle a pour but d'effacer les charges hypothécaires qui dépassent la valeur de l'immeuble hypothéqué. En acceptant le prix que leur offre le nouveau propriétaire, les créanciers inscrits con-

(1) Troplong, t. IV, n° 957. Nancy, 24 juillet 1823. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 533, et notes 101 et 102, § 294.

sentent implicitement à voir leurs inscriptions effacées par la distribution de ce prix qui sera faite dans l'ordre arrêté entre eux ou ordonné par le juge. Effectivement cette distribution leur procure tout l'avantage qu'ils pouvaient espérer d'hypothèques qui excèdent la valeur de l'immeuble. C'est une chance de collocation qui dépend du prix auquel sera vendu le fonds hypothéqué; or, leur acceptation du prix prouve qu'il représente la vraie valeur de l'immeuble; quand cette valeur est distribuée aux créanciers, les hypothèques ont produit l'effet qu'elles pouvaient produire; dès lors tout est consommé, les inscriptions doivent disparaître.

Il y a cependant des inscriptions qui subsistent; le dernier paragraphe de l'article 116 porte : « Le nouveau propriétaire reste soumis aux priviléges et hypothèques venant en ordre utile à raison des créances non exigibles dont il ne voudrait ou ne pourrait se libérer. » Cette disposition est une conséquence du principe établi par la loi nouvelle en ce qui concerne les créances à terme. Le nouveau propriétaire jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 113); s'il use de ce droit pour ne payer qu'à l'échéance, la créance subsistera et, par suite, l'hypothèque jusqu'à ce que le terme soit échu et que l'acquéreur paye. De même le nouveau propriétaire doit observer les termes stipulés contre le débiteur personnel; dans ce cas encore, la créance n'étant pas payée, l'extinction de l'hypothèque sera ajournée jusqu'à ce que le payement se fasse à l'échéance.

557. La purge suppose la transcription du titre du nouveau propriétaire. S'il y a eu des acquéreurs successifs avant l'accomplissement des formalités de la purge et que leurs titres aient été transcrits, la purge s'opérera à l'égard de tous les créanciers inscrits avant la transcription de chaque titre. Mais que faut-il décider si la transcription n'a pas eu lieu? Les hypothèques procédant du chef de celui des acquéreurs qui n'a point transcrit continueront-elles de subsister? Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre de la *Transcription* (t. XXIX, n°s 182-184) (1).

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 532, note 99, § 294.

558. Nous avons supposé jusqu'ici que le nouveau propriétaire paye les créances exigibles et celles qu'il lui est loisible d'acquitter, le terme étant stipulé en sa faveur. L'article 116 ajoute que le nouveau propriétaire peut aussi consigner le prix jusqu'à concurrence des créances qu'il doit ou qu'il veut payer. Cela suppose que le payement ne peut pas avoir lieu, parce que l'ordre entre les créanciers n'est pas arrêté. Si les créanciers ne sont pas d'accord sur l'ordre dans lequel ils doivent être colloqués, le payement ne peut pas se faire, puisque entre créanciers hypothécaires il y a un ordre à observer; cet ordre, aux termes de l'article 116 (code civil, art. 2186), est ou amiable ou judiciaire. Le nouveau propriétaire n'est pas tenu d'attendre l'issue des procédures d'ordre pour s'acquitter de son prix; la loi lui permet de consigner. Il n'est pas même tenu d'attendre que les créanciers aient dressé un ordre amiable, car cela peut aussi traîner en longueur; la loi ne fait aucune distinction et ne subordonne à aucune condition la faculté de consigner, elle met la consignation sur la même ligne que le payement; de sorte que le nouveau propriétaire est admis à consigner aussitôt que les créanciers inscrits ont accepté son offre soit expressément, soit tacitement. Cette acceptation forme une convention entre l'acquéreur et les créanciers; le nouveau propriétaire est obligé de payer, et il en a aussi le droit. Le droit de se libérer est immédiat; la loi a donc dû lui permettre de consigner sans attendre que l'ordre entre les créanciers soit arrêté.

559. On lit, dans un arrêt de la cour de cassation, que le tiers acquéreur peut consigner, parce qu'il est débiteur de son prix, et que, d'après les articles 1257 et suivants, tout débiteur est en droit de consigner lorsque le créancier ne peut ou ne veut recevoir la somme due (1). Cela veut-il dire que le droit de consigner que la loi accorde au nouveau propriétaire est l'application du droit commun, qui permet à tout débiteur de faire des offres réelles suivies de consignation? Ainsi entendu, le considérant de l'arrêt ne serait pas exact. La faculté de consigner dont parle l'arti-

(1) Rejet, 4 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 190).

cle 116 (code civil, art. 2186) n'est pas le droit qui est réglé par les articles 1257 et suivants. Constatons d'abord que la cour de cassation ajoute au texte de l'article 1257 ; il n'y est pas dit que le débiteur a le droit de faire des offres réelles et de consigner quand le créancier ne *peut* ou ne *veut* recevoir ce qui lui est dû ; la loi dit que lorsque le créancier *refuse* de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, *au refus* du créancier de les accepter, consigner la somme offerte. Or, dans le cas de purge, les créanciers ne refusent pas de recevoir leur payement, ils ne peuvent pas le recevoir tant que l'ordre entre eux n'est point réglé. Le cas est donc autre que celui qui est prévu par les articles 1257 et suivants.

560. Il résulte de là une conséquence très-importante : c'est que le nouveau propriétaire qui use de la faculté de consigner ne doit pas remplir les formalités prescrites par le code civil (art. 1257 et suiv.) pour la validité des offres et de la consignation. Le texte même de l'article 116 le prouve. Il ne parle pas d'offres réelles, il donne au nouveau propriétaire le droit de consigner sans qu'il doive faire des offres. La raison en est simple : c'est que les offres, telles que le code civil les organise au chapitre du *Payement*, sont impossibles en matière de purge ; elles supposent une créance certaine et un créancier connu ; or, en cas de purge, on ne sait pas, avant le règlement de l'ordre, qui est colloqué, ni pour quelle somme ; donc le nouveau propriétaire ne peut pas faire d'offres. Toutes les formalités, d'ailleurs, supposent que le créancier refuse de recevoir le payement, et, dans l'espèce, il n'y a pas de refus. Par la même raison les formalités que l'article 1259 prescrit pour la consignation ne doivent pas être remplies par le tiers acquéreur qui purge ; elles supposent, en effet, que le débiteur consigne sur le refus du créancier d'accepter les offres qui lui ont été faites ; or, en cas de purge, il n'y a ni offres ni refus. Il n'y a pas de conflit entre les créanciers et le nouveau propriétaire ; celui-ci consigne parce que la loi lui en donne le droit, et elle le lui donne parce que le tiers acquéreur est étranger aux débats qui s'élèvent entre les créanciers. Le code, qui organise la purge en faveur du nouveau

propriétaire, a donc dû lui permettre de se libérer dès que la convention qui fixe le prix définitif est arrêtée. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

561. La loi n'oblige pas même le tiers acquéreur qui consigne à notifier la consignation aux créanciers inscrits. C'est une lacune; car les créanciers sont intéressés à savoir que le prix est consigné et qu'ils n'ont plus d'action contre le nouveau propriétaire, celui-ci étant libéré par la consignation. Mais, dans le silence de la loi, il est impossible d'admettre qu'une notification soit nécessaire pour la validité de la consignation (2). Toutefois, pour que la purge se fasse, il faut l'intervention des créanciers. En effet, la radiation des inscriptions ne peut se faire que sur un acte de mainlevée portant consentement des créanciers, ou sur l'expédition du jugement qui l'ordonne (art. 93; code civil, art. 2158). Il faut donc que l'acquéreur qui consigne obtienne des créanciers un acte de mainlevée ou requière contre eux la radiation forcée; dans l'un et l'autre cas, la consignation doit être portée à la connaissance des créanciers (3).

562. Les parties intéressées peuvent-elles déroger à la faculté que la loi accorde au nouveau propriétaire de consigner? Cela n'est pas douteux, puisqu'il s'agit d'un intérêt privé; la purge, il est vrai, est d'intérêt public, mais il n'est pas d'intérêt public que le nouveau propriétaire consigne le prix. Les parties intéressées peuvent donc stipuler que le tiers acquéreur ne consignera pas. Ainsi les créanciers pourront n'accepter l'offre du nouveau propriétaire que sous la condition qu'il ne consignera pas; ce qui implique qu'il payera l'intérêt légal de son prix, puisqu'il a la jouissance du fonds; tandis que l'intérêt que paye la caisse des consignations est très-minime. Le contrat en vertu duquel le tiers acquéreur est devenu propriétaire peut aussi stipuler qu'il versera son prix entre les mains des

(1) Martou, t. IV, p. 172, n° 1530. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n°s 2166 et 2168.

(2) La jurisprudence est divisée. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n°s 2169 et 2170.

(3) Martou, t. IV, p. 173, n° 1530. Orléans, 22 août 1834 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2164, 1°).

créanciers, sans qu'il ait la faculté de le consigner. Ces stipulations donnent parfois lieu à des débats judiciaires. Le juge doit appliquer le principe que les renonciations sont d'interprétation rigoureuse; or, l'acquéreur renonce à un droit que la loi lui donne en consentant à ne pas consigner. Il faut donc que la clause soit précise; en cas de doute, le juge doit se prononcer en faveur du nouveau propriétaire, car c'est en sa faveur que la purge est établie et que la faculté de consigner a été introduite.

Il a été jugé que le droit de consigner subsistait, malgré la clause qui oblige l'acquéreur à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits immédiatement après l'accomplissement des formalités de la purge (1). La décision est très-juridique. Quel est le sens de cette clause? Si par formalités de la purge on entend la convention qui intervient entre les créanciers et le tiers détenteur, sur les offres de celui-ci, la clause est d'une exécution impossible; en effet, le nouveau propriétaire ne peut pas payer tant que l'ordre n'est pas arrêté. La clause ne signifie donc autre chose que ce qui est de droit commun, c'est-à-dire que l'acquéreur qui purge doit payer dès que l'ordre entre créanciers sera arrêté; mais elle ne le prive pas du droit de consigner si les créanciers n'ont pas réglé l'ordre au moment où le nouveau propriétaire consigne (1).

562 *bis*. Le nouveau propriétaire n'est pas obligé de consigner, c'est une faculté que la loi lui accorde; s'il n'en use pas, quelle sera sa situation? Il ne peut pas payer tant que l'ordre entre les créanciers ne sera pas arrêté; il reste, par conséquent, débiteur de son prix. Doit-il les intérêts, et à partir de quel moment? L'acquéreur doit l'intérêt du prix de vente, aux termes de l'article 1652, si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus; le nouveau propriétaire doit, dans ce cas, les intérêts de son prix à partir de la vente. En offrant son prix aux créanciers, il leur offre implicitement les intérêts, qui sont l'accessoire de sa dette; et l'acceptation des créanciers l'oblige

(1) Dijon, 5 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 2, 131), et les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2164.

à payer entre leurs mains ou à consigner le capital et les intérêts. S'il consigne le capital, il doit aussi consigner les intérêts échus. Que s'il ne paye pas et ne consigne pas, il reste débiteur du capital et des intérêts (1).

N° 12. FORMALITÉS SPÉCIALES DE LA PURGE DANS LES CAS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 122.

563. Il se peut que le titre du nouveau propriétaire comprenne un ensemble de biens, les uns hypothéqués à la créance de celui qui veut surenchérir, et d'autres qui n'y sont pas hypothéqués. Comment se feront alors les notifications et la surenchère? Les règles générales que nous venons d'exposer ne suffisent point; elles supposent l'acquisition d'un immeuble hypothéqué à divers créanciers; il suffit, dans ce cas, que le tiers acquéreur notifie son prix aux créanciers inscrits sur l'immeuble. Il n'en est plus de même quand le titre du nouveau propriétaire comprend des biens qui ne sont pas hypothéqués au profit des créanciers qui voudraient surenchérir. Telle est la première hypothèse prévue par l'article 122 (code civil, art. 2192). Le titre du tiers détenteur comprend des immeubles et des meubles; c'est une maison meublée qui a été vendue, ou un domaine avec tous les effets mobiliers qui s'y trouvent. Le prix total est de 50,000 francs. D'après la règle générale de l'article 110 (code civil, art. 2183), le nouveau propriétaire pourrait se borner à notifier aux créanciers le prix de 50,000 francs qu'il leur offre. Mais cela est impossible. Le nouveau propriétaire ne peut offrir aux créanciers hypothécaires que la valeur de leur gage; or, leur gage ne porte que sur l'immeuble, il ne porte pas sur le mobilier; ils ont droit à la valeur intégrale de l'immeuble qui est affecté à leur créance, ils n'ont aucun droit sur le mobilier. Le droit de surenchère aussi serait impossible dans cette hypothèse. En effet, la surenchère est l'exercice du droit hypothécaire; le créancier qui surenchérit le fait parce que l'acquéreur ne lui offre pas la valeur intégrale de l'immeuble qui est

(1) Martou, t. IV, p. 173, n° 1531.

son gage; or, dans l'espèce, le tiers acquéreur offrirait au créancier le prix de meubles sur lesquels il n'a aucun droit de préférence, et sur la valeur desquels il n'a, par conséquent, pas le droit de surenchérir. Pour que la surenchère devienne légalement possible, il faut que l'acquéreur déclare le prix qu'il offre pour l'immeuble compris dans son acquisition; c'est la seule valeur qu'il ait le droit d'offrir aux créanciers inscrits, et c'est la seule sur laquelle les créanciers aient le droit d'enchérir. Cette détermination spéciale de la valeur de l'un des biens compris dans l'acquisition se fait par une estimation de l'immeuble et du mobilier et de la part que l'immeuble et le mobilier ont dans le prix total : on appelle ce calcul une ventilation. Il en est de même dans les autres hypothèses que la loi prévoit, ou qui y sont virtuellement prévues; nous allons les énumérer. Dans tous ces cas, le nouveau propriétaire doit fixer par ventilation la valeur de l'immeuble ou des immeubles qui sont hypothéqués aux divers créanciers; et chaque créancier ne doit et ne peut surenchérir que sur les biens qui sont affectés à sa créance.

564. Quels sont les cas dans lesquels il y a lieu à ventilation et à une surenchère divisée? Le premier est celui que nous venons de donner comme exemple (n° 563). En second lieu, le titre peut comprendre plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués. C'est un domaine composé de biens immeubles de diverse espèce, et l'hypothèque ne porte que sur un bois; le prix est de 160,000 francs. L'acquéreur ne peut pas offrir ce prix aux créanciers, parce que ceux-ci n'y ont pas droit, et ils n'ont ni droit ni intérêt à surenchérir sur des biens qui ne sont pas leur gage; il faut donc que le nouveau propriétaire détermine par ventilation le prix du bois, comparaison faite avec le prix total; si le bois représente le cinquième de la valeur totale, l'acquéreur offrira cette somme au créancier hypothécaire, et c'est sur cette somme que le créancier surenchérira.

La loi suppose que parmi les biens acquis par le nouveau propriétaire il y en a qui ne sont pas grevés d'hypothèques; il se peut qu'ils soient tous hypothéqués, mais à

des créanciers différents. Dans ce cas, il faut aussi une ventilation; en effet, l'acquéreur ne peut pas offrir au créancier qui a hypothèque sur le bois la valeur d'une prairie hypothéquée à un second créancier, ni à aucun des deux la valeur de la maison hypothéquée à un troisième; et chacun des trois créanciers n'a droit et intérêt de surenchérir que sur l'immeuble qui lui sert de gage. Le nouveau propriétaire déclarera dans ses notifications le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées, et c'est sur le prix ainsi ventilé que porteront les enchères.

Il se peut encore que tous les biens compris dans l'acquisition soient hypothéqués à un même créancier, mais pour des créances différentes. Ce cas n'est pas prévu par la loi, mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Un même créancier a plusieurs hypothèques, puisqu'il a plusieurs créances hypothéquées; il a autant de droits hypothécaires qu'il a de créances; chacun de ces droits est un droit distinct. On m'offre un prix total de 100,000 francs pour un domaine dont les diverses parties ont été hypothéquées pour la sûreté de trois créances. J'ai le droit de surenchérir pour chacune de ces créances si le prix que l'on m'offre ne représente pas la valeur exacte de mon gage; or, j'ai trois gages, il faut donc que l'on m'offre le prix de chacun de ces immeubles; l'acquéreur n'a pas même le droit de m'offrir le prix de l'un des immeubles pour les créances qui ne sont pas hypothéquées sur cet immeuble. Là où il y a des droits différents à sauvegarder, il faut que l'on remplisse pour chaque droit les formalités prescrites par la loi (1).

Que faut-il décider si plusieurs immeubles ont été hypothéqués à la même créance et s'ils sont vendus à un seul acquéreur? Si l'hypothèque a été constituée par un même acte, il n'y a pas lieu à ventilation. Dans ce cas, on se trouve sous l'empire de la règle. Le créancier n'a qu'un seul droit hypothécaire, tous les biens lui servent de gage; l'acquéreur doit lui en offrir la valeur et le créancier est obligé de

(1) Martou, t. IV, p. 199, n° 1566.

surenchérir sur cette valeur. La question devient douteuse quand les divers immeubles ont été hypothéqués à la même dette par des actes différents. Il a été jugé que l'acquéreur devait indiquer la valeur de chaque immeuble dans ses notifications et que le créancier pouvait et devait, par conséquent, surenchérir sur les divers immeubles séparément (1). Cette décision peut se justifier. On ne peut pas dire que le créancier n'ait qu'une seule hypothèque, il en a plusieurs, d'un rang différent; ce qui prouve qu'il a des droits différents, et tel est le point décisif. Cela est aussi fondé en raison; le prix que l'on offre au créancier pour les divers immeubles peut être suffisant pour l'un, tandis qu'il est insuffisant pour l'autre; pourquoi forcerait-on le créancier à surenchérir sur tous les fonds, alors qu'il n'a intérêt à surenchérir que sur l'un des héritages? Reste une difficulté de texte. La loi ne prévoit pas l'hypothèse, mais elle contient une disposition générale qui peut s'y appliquer. Après avoir énuméré les divers cas dans lesquels le créancier est intéressé à ce qu'il y ait ventilation, l'article 122 (code civil, art. 2192) ajoute que le prix de *chaque immeuble* frappé d'inscriptions *particulières* et *séparées* sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire. On dira que cette dernière partie de l'article (§ 1er) se rapporte à celle qui précède. Sans doute; mais l'énumération qui précède n'est pas restrictive; elle doit être interprétée dans un sens favorable au créancier, parce qu'elle a pour objet de faciliter la surenchère, et la surenchère est la garantie essentielle du droit hypothécaire, en cas de purge.

La loi prévoit encore une hypothèse dans laquelle la ventilation doit se faire, c'est quand les immeubles hypothéqués sont situés dans des arrondissements différents. En principe, il est difficile de justifier cette disposition; le créancier n'a qu'un droit hypothécaire, alors même que les biens hypothéqués se trouvent dans des arrondissements différents. Mais, comme il y a des inscriptions particulières prises sur les biens situés dans chaque arrondissement, le

(1) Orléans, 21 novembre 1832 (Martou, t. IV, p. 200, n° 1567 *bis*).

texte de la disposition générale de l'article 122 devient applicable ; dès qu'il y a des inscriptions particulières et séparées, les biens qui en sont frappés doivent faire l'objet d'une évaluation spéciale; de là la nécessité d'une ventilation. Cela favorise l'exercice de la surenchère, mais cette faveur n'est pas conforme au droit strict sur lequel l'obligation de ventilation est fondée.

565. L'article 122 (code civil, art. 2192) ajoute : « Aliénés pour un seul et même prix ou pour des prix distincts et séparés. » Quand il y a un prix distinct pour les divers biens compris dans l'acquisition, il n'y a plus lieu à la ventilation, puisque le contrat détermine la valeur de la chose, mais il faut toujours que la notification indique le prix de l'immeuble hypothéqué, sans qu'il soit besoin d'ajouter le prix des biens non hypothéqués. C'est l'application de la règle générale de l'article 110 (code civil, art. 2183) : le nouveau propriétaire doit indiquer d'une manière précise les immeubles hypothéqués et le prix.

566. Enfin la loi dit : « Soumis ou non à la même exploitation. » On a prétendu que, lorsque les biens sont soumis à une même exploitation, le créancier doit étendre sa surenchère sur tous les biens, quand même ils seraient situés dans divers arrondissements. Cela serait assez logique, et l'intérêt du tiers acquéreur le demanderait. Mais la loi ne le permet point; toujours par la faveur due aux créanciers surenchérisseurs.

567. Qui doit faire la ventilation? Le nouveau propriétaire, dit l'article 116. Mieux que tout autre, dit le rapporteur de la chambre des représentants, il doit connaître la valeur des divers biens qu'il a achetés. D'ailleurs c'est à lui qu'il incombe de faire les notifications qui mettent les créanciers en demeure de surenchérir; et la première base sur laquelle ils établissent leurs calculs est naturellement la somme que le tiers acquéreur leur offre; il doit donc la préciser en faisant la ventilation. La loi ajoute : « s'il y a lieu ». Il se peut que la ventilation soit inutile; c'est ce qui arrive quand le contrat indique des prix distincts pour les divers biens qu'il comprend.

568. La ventilation est-elle prescrite sous peine de nul-

lité? L'article 122 (code civil, art. 2192) se borne à dire que le nouveau propriétaire doit faire la ventilation dans les notifications qu'il fait aux créanciers inscrits. Nous avons dit plus haut que les formalités de ces notifications ne sont pas exigées sous peine de nullité (n° 452); mais elles sont inopérantes si elles ne fournissent pas aux créanciers les éléments nécessaires pour qu'ils puissent exercer le droit de surenchère en connaissance de cause (n° 453). Or, l'élément le plus essentiel de leur calcul, c'est le prix que le nouveau propriétaire leur offre. Et il n'y a d'offre que lorsque la somme est indiquée. Une offre globale d'un prix qui comprendrait la valeur de biens qui ne sont pas hypothéqués, ou qui ne sont pas affectés à la créance de celui qui voudrait surenchérir, n'atteint pas le but de la loi; on doit la considérer comme inexistante plutôt que comme nulle, car elle n'apprend pas au créancier ce qu'il devrait savoir pour surenchérir, et sans la possibilité légale de la surenchère, il n'y a pas de purge. Le rapporteur de la commission, M. Lelièvre, s'est exprimé à peu près en ce sens; il dit que la notification dénuée d'une *formalité substantielle* n'a pas mis le créancier hypothécaire à même d'exercer son droit hypothécaire; que, par conséquent, elle est évidemment frappée de nullité (1).

La doctrine est en ce sens (2); la jurisprudence est divisée. Nous croyons inutile de discuter les arrêts rendus en sens contraire, puisque les principes sont certains et qu'ils ont été reconnus par les auteurs de la loi belge. Il suffit de citer un arrêt de la cour de cassation de France qui a nettement établi les vrais principes. Dans l'espèce, le nouveau propriétaire avait acquis plusieurs immeubles pour un seul prix, et un seul de ces immeubles était hypothéqué. Le créancier ayant sommé l'acquéreur de payer ou de délaisser, le nouveau propriétaire aurait dû, dans les trente jours, faire les notifications prescrites par la loi et indiquer le prix par ventilation. On objecta que l'arti-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 166). Le rapporteur invoque un arrêt de la cour de Liége, confirmé par la cour de cassation, 6 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 483).

(2) Martou, t. IV, p. 205, n° 1580. Aubry et Rau, t. III, p. 540, note 120, § 294. Pont, t. II, p. 585, n° 1310.

cle 2183 (loi hyp., art. 110) ne parle pas d'une ventilation et qu'aucune loi n'obligeait le tiers détenteur, sous peine de nullité, de faire la ventilation. Ces objections furent accueillies par la cour de Bordeaux, mais sa décision a été cassée, et elle devait l'être. La cour de cassation dit fort bien que l'obligation de faire la ventilation est imposée à l'acquéreur seul et ne peut être remplie que par lui. S'il n'en est pas question dans l'article 2183, c'est parce que cet article est fait pour les cas ordinaires, tandis que l'article 2192 prévoit un cas exceptionnel; la seule différence entre l'exception et la règle, c'est que, dans le cas exceptionnel, le prix doit être fixé par ventilation, tandis que régulièrement il l'est par le contrat; mais cette exception ne déroge pas au principe essentiel de la purge; la ventilation tient lieu du prix porté au contrat; les deux formalités ne constituent, à vrai dire, qu'une seule et même condition, ayant pour objet de mettre les créanciers en état de surenchérir. Et comment y aurait-il une purge, alors que le créancier est dans l'impossibilité d'exercer un droit sans lequel il n'y a pas de purge (1)?

569. Qui peut demander la nullité de la ventilation? C'est une nullité d'intérêt privé; donc ceux-là seuls peuvent l'opposer dans l'intérêt desquels elle a été établie. Or, c'est dans l'intérêt des créanciers, pour l'exercice du droit de surenchère que la loi a prescrit la ventilation; eux seuls ont donc le droit de l'opposer. Le vendeur a essayé de s'en prévaloir; il a été jugé qu'il est sans qualité, parce que l'accomplissement des formalités de la notification et de la ventilation n'intéresse que l'acquéreur et les créanciers inscrits (2). Il eût été plus exact de dire que la nullité n'est établie que dans leur intérêt.

La ventilation n'étant exigée que dans l'intérêt des créanciers, et eux seuls ayant le droit d'en proposer la nullité, il s'ensuit qu'ils peuvent renoncer à ce droit et se contenter d'une rectification des notifications que le nouveau propriétaire leur a faites sans y faire la ventilation. Si le

(1) Cassation, 19 juin 1815 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 2126).
(2) Toulouse, 2 août 1857 (Dalloz, 1860, 1, 254). Aubry et Rau, t. III, p. 540, et note 122, § 2..

tiers acquéreur négligeait de rectifier les notifications, les créanciers pourraient demander que la valeur des biens sur lesquels ils ont droit de surenchérir fût établie par voie d'experts. Ayant le droit de surenchérir, ils doivent avoir le droit d'employer toutes les voies légales qui conduisent à ce but. Reste à savoir à partir de quand, dans cette hypothèse, court le délai de surenchère. Il est certain que le délai ne peut plus courir, comme le veut l'article 115 (code civil, art. 2185), à compter de la notification faite aux créanciers par le nouveau propriétaire, puisque ces notifications sont nulles; vainement dirait-on que les créanciers ont renoncé à se prévaloir de la nullité; ils y ont renoncé en ce sens qu'ils entendent exercer leur droit de surenchère malgré la nullité des notifications; mais, pour qu'ils puissent l'exercer, il faut qu'il y ait une ventilation ou un acte équivalent, car il est impossible aux créanciers de surenchérir sur une valeur qu'ils ignorent. On a prétendu que le délai de l'article 115 restait applicable; la cour de Liége a très-bien jugé que, loin d'expirer, le délai de surenchère n'avait pas encore commencé à courir : la ventilation devant servir de base à la surenchère, comment la faculté de surenchérir pourrait-elle s'exercer ou s'éteindre avant qu'il y ait une ventilation (1)?

570. Quelle est la conséquence de la ventilation en ce qui concerne le droit de surenchère? L'article 122 (code civil, art. 2192) porte : « Le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint d'étendre sa soumission, ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement. » Cette disposition est une conséquence des principes qui régissent la surenchère; celle-ci porte sur la valeur que le nouveau propriétaire offre aux créanciers; or, quand il y a lieu à ventilation, le tiers détenteur ne peut offrir aux créanciers, ni la valeur du mobilier, ni celle des immeubles qui ne sont pas hypothéqué à leur créance, ni même la valeur des immeubles qui leur sont hypothé-

(1) Liége, 17 mars 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 269). Martou, t. IV, p. 206, n° 1581.

qués, mais qui sont situés dans un autre arrondissement (nº 564). La loi s'exprime donc mal en disant que le créancier surenchérisseur ne peut être contraint d'étendre sa surenchère à des valeurs qui ne lui sont pas offertes; on en pourrait conclure, en argumentant *a contrario*, qu'il en a le droit; ce serait mal raisonner. La surenchère est l'exercice du droit hypothécaire; or, le créancier n'a pas d'hypothèque sur le mobilier, ni sur les immeubles qui n'ont pas été affectés à sa créance. Le seul cas dans lequel on conçoit que le créancier étende sa surenchère au delà des termes de l'offre, c'est celui où les biens sont situés dans divers arrondissements; si le tiers acquéreur comprenait dans son offre la valeur de tous les biens hypothéqués, nous croyons que le créancier pourrait surenchérir sur tous les biens, quoique situés dans des arrondissements différents, car tous ces biens lui servent de gage, et c'est uniquement dans son intérêt qu'il ne peut pas être obligé de comprendre dans sa surenchère les biens qui sont situés dans un autre arrondissement. Mais si l'acquéreur n'offrait pas ces biens, et d'après la loi il a le droit de ne pas les offrir, le créancier ne pourrait pas y étendre sa surenchère, car il ne peut pas accepter ce qu'on ne lui offre pas (1).

571. Faut-il admettre une exception à ces principes dans le cas où un créancier a hypothèque sur la part indivise qui appartenait à son débiteur dans un immeuble qui est ensuite adjugé sur licitation à un étranger? La question est controversée. Il y a des arrêts et des auteurs qui décident que le créancier peut, dans ce cas, étendre sa surenchère sur la totalité de l'immeuble. Nous préférons l'opinion contraire consacrée par un arrêt de la cour de Paris. La loi ne permet pas aux créanciers d'étendre leur surenchère à des biens qui ne leur sont pas hypothéqués; il faudrait une disposition de la loi pour que les créanciers eussent ce droit, car ils ne le tiennent pas de leur hypothèque. Il suffit donc que la loi ne leur donne pas ce droit pour qu'ils ne l'aient point. On objecte le principe de l'indi-

(1) Comparez Martou, t. IV, p. 201, nº 1570. Aubry et Rau, t. III, p. 540, note 124, § 294. Pont, t. II, p. 621, nº 1360, et p. 623, nº 1362.

visibilité de l'hypothèque, dont on abuse comme de tout ce qui s'appelle indivisibilité. Martou répond très-bien que l'indivisibilité de l'hypothèque n'a rien de commun avec notre question. Sans doute l'hypothèque subsiste indivisément sur toutes les parties de l'immeuble, mais seulement dans la limite des droits du constituant; si celui-ci n'était copropriétaire que pour un quart, il n'a pas pu constituer une hypothèque qui s'étende sur tout l'immeuble; et si l'hypothèque n'est que partielle, le droit de surenchère, qui en est l'exercice, ne saurait dépasser le droit du créancier (1).

572. La surenchère ne comprenant qu'une partie des biens acquis par le nouveau propriétaire, il en résultera que celui-ci sera évincé pour partie. C'est une perte qu'il éprouve par l'exercice du droit hypothécaire; or, le vendeur est garant de l'éviction partielle, et doit réparer le dommage qu'elle cause à l'acheteur. L'article 122 (code civil, art. 2192) le dit à la fin : « Sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait, soit de la division des objets de son acquisition, soit de celle de son exploitation. » La loi ne dit pas en quoi consiste ce recours. On applique le droit commun; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Vente*, sur l'éviction partielle que l'acheteur subit (art. 1636 et 1637).

(1) Voyez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 540, note 124.

CHAPITRE X.

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DU CONSERVATEUR.

---

§ Ier. *Des obligations du conservateur.*

No 1. DES FONCTIONS DU CONSERVATEUR.

573. La loi du 21 ventôse an VII porte (art. 3) : « Le conservateur est le préposé à l'exécution des formalités prescrites pour la conservation des hypothèques et la consolidation des mutations de propriétés immobilières, ainsi qu'à la perception des droits établis, au profit du trésor, pour chacune de ces formalités. » Nous laissons de côté cette dernière partie de ses attributions, qui est étrangère à notre travail. La première concerne le droit civil. Sous l'empire du code Napoléon, la définition de la loi de ventôse n'était plus exacte : la transcription n'étant pas requise pour la transmission des propriétés immobilières, il n'était pas vrai de dire que le conservateur des hypothèques fût préposé à la consolidation des mutations immobilières. La loi belge est revenue au principe de la législation de l'an VII, et, par suite, la définition a repris son autorité première.

574. Aux termes de l'article 1er de notre loi, le conservateur est chargé de transcrire, sur un registre à ce destiné, tous actes entre-vifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que les baux excédant neuf ans, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les dispositions préliminaires de la loi de 1851.

Le conservateur inscrit les priviléges et hypothèques établis sur les biens qui sont situés dans l'arrondissement où il exerce ses fonctions. Nous avons traité en détail des inscriptions hypothécaires (art. 82, suiv. ; code civil, arti-

cles 2146, suiv.). Il suffit de rappeler que l'inscription de même que la transcription se font sur la demande des parties intéressées, sauf l'inscription que le conservateur doit prendre d'office quand il opère la transcription d'actes qui donnent naissance à un privilége (art. 35).

Le conservateur opère encore la radiation des inscriptions hypothécaires sur la réquisition des parties intéressées. Nous nous sommes occupé spécialement de cette partie des fonctions du conservateur, l'une des plus importantes et des plus dangereuses (art. 92, suiv.).

Enfin les conservateurs délivrent des certificats sur la demande des tiers intéressés à connaître la situation hypothécaire de la personne avec laquelle ils traitent. L'article 127 (code civil, art. 2196) « porte qu'ils sont tenus de délivrer des certificats constatant les mutations et concessions de droits réels, ainsi que les baux consentis par tous individus indiqués par les réquisitions écrites qui leur sont faites à cette fin. Ils sont également tenus de délivrer à tout requérant copie des inscriptions ou transcriptions existantes, ou des certificats constatant qu'il n'en existe point ». C'est en cela que consiste la publicité des registres dont il est question dans la rubrique de notre chapitre. La publicité est la base de notre régime hypothécaire : les transcriptions et inscriptions sont publiques en ce sens que les tiers peuvent demander au conservateur des certificats ou des copies de tous les actes portés sur leurs registres. Nous disons les *tiers*, sans ajouter les tiers *intéressés*. Le conservateur doit fournir à toute personne les renseignements qu'on lui demande, sans qu'il puisse s'informer de l'intérêt qu'a le requérant à connaître les actes qui se trouvent constatés sur les registres qu'il est obligé de tenir.

575. Le conservateur peut être personnellement intéressé dans les actes qu'il transcrit ou qu'il inscrit, ainsi que dans les certificats qu'il délivre. De là la question de savoir s'il peut procéder, dans ces cas, aux fonctions de son ministère. Constatons d'abord qu'aucune loi ne l'interdit. On s'est prévalu de la loi du 21 ventôse an VII, dont l'article 12 porte « qu'en cas d'absence ou d'*empêchement*

d'un préposé il serait suppléé par le vérificateur ou l'inspecteur de l'enregistrement, ou, à son défaut, par le plus ancien surnuméraire du bureau ». L'empêchement, dit-on, est celui qui résulte de l'intérêt personnel (1). Persil, qui interprète ainsi la loi, oublie qu'il pose en principe ce qu'il s'agit de prouver, à savoir que l'intérêt personnel est un empêchement légal. La loi garde le silence sur l'incompétence qui résulterait de l'intérêt que le conservateur a, soit dans les actes qu'il transcrit ou inscrit, soit dans les certificats qu'on lui demande. Or, le silence de la loi nous paraît décisif. Quand elle veut interdire à une personne ou à un fonctionnaire des actes où il est personnellement intéressé, elle le dit; elle le dit des tuteurs ainsi que des notaires. Si elle ne l'a pas dit du conservateur, c'est sans doute parce que les fonctions dont il est chargé ont un caractère différent de celles des notaires. Le notaire qui instrumenterait quand il a un intérêt personnel dans l'acte se créerait un titre à lui-même, ce qui serait contraire à tout principe; tandis que les actes du ministère des conservateurs ne sont pas des titres, c'est une manifestation publique d'un titre, soit d'un acte translatif de propriété, soit d'un privilége ou d'une hypothèque; cette publicité ne donne aucun droit par elle-même, elle prévient seulement les tiers de l'existence de l'acte qui les intéresse, sauf à eux à l'attaquer, et la publicité qui lui a été donnée n'apporte aucun obstacle à leur action. Cela nous paraît décisif quand il s'agit d'une transcription ou d'une inscription. La doctrine et la jurisprudence sont généralement en ce sens.

576. Le conservateur peut-il prendre une inscription sur lui-même? Cela est admis par la doctrine et par la jurisprudence. Il serait sans doute plus régulier que le conservateur s'abstînt et qu'il fût remplacé par un autre fonctionnaire, mais, dans le silence de la loi, on ne peut pas l'exiger (2). A notre avis, il faut aller plus loin et dire que le conservateur n'a pas le droit de se faire remplacer; c'est lui qui est chargé par la loi d'inscrire, il doit le faire,

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, t. II, p. 405 (art. 2196, nº 5).
(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 289, note 6, § 268.

sauf quand il est absent ou empêché; et son intérêt personnel n'est pas un empêchement légal.

Par la même raison, il faut admettre que le conservateur peut prendre une inscription à son profit. Nous avons répondu d'avance à l'objection que l'on fait. Le conservateur ne se crée pas un titre à lui-même : si l'inscription a été faite sans être fondée sur un titre, elle est nulle : si elle est fondée sur un titre et si, du reste, elle est conforme à la loi, elle sera valable, sans que les tiers aient le droit de s'en plaindre, car ils sont avertis par cette inscription, régulière en la forme; et si la publicité produit son effet, pourquoi serait-elle frappée de nullité? Cela serait contraire à l'esprit de la loi, qui n'admet l'annulation des inscriptions irrégulières que dans le cas où l'irrégularité a causé un préjudice à ceux qui se plaignent de l'irrégularité (1).

577. Le conservateur peut-il aussi délivrer des copies ou des certificats que les tiers lui demandent, s'il s'agit d'inscriptions existantes à sa charge? Ici il y a un doute; c'est que le certificat délivré par le conservateur à l'acquéreur peut être opposé aux créanciers dont le nom aurait été omis par lui (art. 129; code civil, art. 2199). Cela est un danger sans doute, mais ce n'est pas un motif légal d'incompétence. Il faut donc maintenir le principe : pas d'incompétence sans texte (2). Quant au préjudice que les tiers créanciers peuvent souffrir de la mauvaise foi du conservateur, il y est pourvu par l'action en dommages et intérêts qu'ils ont contre lui : si le conservateur est responsable de sa négligence, à plus forte raison répond-il de son dol (3).

N° 2. DES INSCRIPTIONS ET TRANSCRIPTIONS.

578. Les inscriptions et transcriptions peuvent et doivent être opérées tous les jours, excepté les dimanches et

(1) Duranton, t. XX, p 221, n° 139. Aubry et Rau, t. III, p. 289, note 7. § 268.

(2) Paris, 31 août 1837 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2934) Il y a des arrêts en sens contraire (Dalloz, *ibid.*, n° 2933).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 288, note 8, § 269. En sens contraire, les auteurs qu'ils citent.

jours de fête légale. Il est défendu aux conservateurs de procéder, ces jours, à des actes de leur ministère. Ce n'est pas à dire que les actes auxquels ils procéderaient seraient frappés de nullité. La loi ne la prononce pas, et il n'y avait pas lieu d'user de cette rigueur; il ne s'agit que de constatations matérielles; la validité de l'acte dépend des titres (1). Il y a cependant un danger, c'est qu'entre créanciers la priorité du rang dépend de l'inscription; si un créancier fait inscrire son hypothèque le dimanche et qu'un autre, par respect pour la loi, ne se présente pas ce jour au bureau, celui-ci sera-t-il primé parce qu'il a obéi à la loi, et l'autre exercera-t-il un droit de préférence qu'il doit à la violation de la loi? Il nous semble que, dans ces circonstances, les tribunaux devraient maintenir le respect dû à la loi et décider que l'inscription prise le dimanche est valable, à la vérité, mais qu'elle ne primera pas celle qui serait faite le lundi.

579. L'article 130 (code civil, art. 2199) porte que dans aucun cas les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder les transcriptions et inscriptions, sous peine des dommages-intérêts des parties. A cet effet, procès-verbaux des refus et retards seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit par un huissier ou un notaire. La loi exige un écrit pour constater la réquisition faite au conservateur (art. 127; code civil, art. 2196); cette formalité prévient toute contestation et constitue le conservateur en demeure; si la réquisition n'était pas faite par écrit, le conservateur ne serait pas tenu des dommages-intérêts. La loi du 11 brumaire an VII, art. 54, le disait formellement, et c'est aussi en ce sens que l'on entend la disposition du code civil reproduite par la loi belge. Cela est douteux; l'écrit n'est qu'une question de preuve : pourquoi ne pas admettre la partie intéressée à prouver par un autre mode de preuve que la réquisition a été faite? A plus forte raison faudrait-il décider que le conservateur ne cesse pas d'être responsable, bien

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 290, notes 9 et 10, § 268.

qu'aucun procès-verbal n'ait été dressé. Le refus ou le retard du conservateur est un délit puni d'une amende (article 132; code civil, art. 2202). On dresse procès-verbal pour constater les délits : est-ce à dire que le coupable ne puisse pas être poursuivi quand il n'y a pas de procès-verbal, alors que le délit serait constant?

580. Les conservateurs peuvent se trouver dans l'impossibilité de faire immédiatement les inscriptions et les transcriptions requises, à raison du nombre de ces actes et de la multiplicité de leurs occupations. Il importe cependant que les acquéreurs et les créanciers prennent rang à compter du jour où ils se sont présentés au bureau, et où la transcription et l'inscription auraient dû se faire. La loi a concilié les droits des tiers avec les nécessités du service en prescrivant aux conservateurs de tenir un registre sur lequel ils mentionnent, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes de mutation pour être transcrits et de bordereaux pour être inscrits. C'est le registre de dépôts mentionné à l'article 124, n° 1 (code civil, art. 2200). Cette disposition est complétée par l'article 126, aux termes duquel les conservateurs ne pourront opérer les transcriptions et inscriptions sur les registres à ce destinés qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur en auront été faites. Par application de cette disposition, l'article 123 statue que si plusieurs titres soumis à l'inscription ont été présentés le même jour au bureau de conservation, la préférence se détermine par le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée au registre de dépôts.

Il se peut que le conservateur ne suive pas, en transcrivant ou inscrivant les titres, les numéros d'ordre indiqués dans le registre des dépôts. Quelle en sera la conséquence à l'égard des tiers et à l'égard des parties intéressées? Ce sont les registres aux transcriptions et aux inscriptions qui font foi à l'égard des tiers, car ce sont ces registres que les tiers consultent et dont le conservateur leur donne des extraits. Quant au registre des dépôts, il constate la remise et l'ordre dans lequel le conservateur doit transcrire et inscrire; s'il ne le fait pas, il manque à ses obligations,

et, par suite, il est responsable à l'égard des requérants. La transcription ou l'inscription auront donc, à l'égard des tiers, le rang que leur donnent les registres sur lesquels elles sont portées ; mais le requérant aura contre le conservateur une action en dommages-intérêts, sous les conditions que nous exposerons en traitant de la responsabilité (1).

581. Ceux qui requièrent la transcription ou l'inscription d'un titre sont intéressés à avoir une preuve de la remise des titres qu'ils ont faite au conservateur, pour s'en prévaloir contre lui, soit qu'il ne fasse pas la transcription ou l'inscription, soit qu'il la fasse sans observer l'ordre des numéros indiqués au registre des dépôts. La loi contient, à cet égard, la disposition suivante : « Les conservateurs donneront au requérant, s'il le demande, une reconnaissance sur papier timbré de la remise des actes ou bordereaux destinés à être transcrits ou inscrits. Cette reconnaissance rappellera le numéro du registre sous lequel la remise aura été inscrite. » Sous l'empire du code civil, on admettait que les requérants étaient tenus de prendre reconnaissance ; la loi nouvelle la déclare volontaire, ce qui est plus conforme au but que le législateur a en vue ; il veut donner une garantie aux parties intéressées contre le conservateur ; or, la garantie est un droit, c'est aux parties intéressées de voir si elles en veulent profiter (2).

Il va sans dire que la reconnaissance de la remise n'a plus d'utilité si le conservateur transcrit ou inscrit immédiatement en présence des parties intéressées ; leurs droits sont garantis par la transcription et l'inscription portées sur les registres à ce destinés. On applique, dans ce cas, l'article 83 (code civil, art. 2150) : le conservateur, après avoir inscrit, remet au requérant l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription, dont il indique la date, le volume et le numéro d'ordre. Il en est de même de la transcription. Si elle se fait immédiatement, l'acquéreur n'a pas besoin d'une reconnaissance,

(1) Tarrible, *Priviléges et Hypothèques*, nº 255. Martou, t. IV, p. 216, nº 1592.
(2) Martou, t. IV, p. 218, nº 1593.

puisque le registre lui en tient lieu. Il n'y a pas de double, en matière de transcription, sur lequel le conservateur puisse marquer qu'il a fait la transcription. Le requérant pourra demander une reconnaissance; l'article 2181 du code civil le disait; il était inutile de reproduire cette disposition dans la loi hypothécaire, puisque cela est de droit, d'après l'article 126, pour les remises; donc aussi pour les transcriptions.

N° 3. COPIES ET CERTIFICATS.

582. Les tiers qui consultent les registres du conservateur peuvent demander soit une copie littérale des titres transcrits ou inscrits, soit un certificat constatant simplement le fait de la transcription ou de l'inscription, ou constatant qu'il n'y a pas d'inscription ni de transcription. Sous l'empire du code civil, on ne permettait pas au conservateur de donner un simple certificat, parce que l'article 2196 ne parlait que de copies. C'était interpréter la loi contrairement à son esprit. Pourquoi rend-elle les registres publics? Pour que les tiers puissent obtenir tous les renseignements qu'ils désirent. Quelles sont les indications qui les intéressent? C'est leur affaire, et cela ne regarde pas le conservateur. Si donc le requérant veut se contenter d'un certificat sommaire, au lieu de demander la copie complète, il n'y a pas de raison pour que le conservateur le refuse. La loi nouvelle consacre formellement le droit des tiers quant à la transcription (art. 126, § 1er), et il faut en dire autant des inscriptions si le requérant ne demande pas la copie entière; il est de principe, en cette matière, que le conservateur doit rédiger ses certificats d'après la réquisition qui lui en est faite (1).

583. Les certificats ou copies ne se délivrent que sur réquisition; on ne conçoit pas que le conservateur donne des renseignements qu'on ne lui demande pas. Quand même ces renseignements seraient utiles aux parties intéressées, qu'importe? C'est aux tiers qui s'adressent au con-

(1) Martou, t. IV, p. 221, n° 1598.

servateur de veiller à leurs intérêts. La loi exige une réquisition par écrit pour toutes espèces de renseignements que les tiers désirent avoir (art. 127; code civil, art. 2196). C'est une garantie pour le conservateur tout ensemble et pour le requérant; les termes de la réquisition établiront ce que le requérant a demandé au conservateur et ce que celui-ci a dû délivrer. Si le requérant ne sait pas écrire, le conservateur constate, en tête des actes qu'il lui remet, les termes dans lesquels la réquisition verbale était conçue. Des circulaires de l'administration l'ont décidé ainsi; il va sans dire que ces prescriptions n'ont pas force de loi (1).

584. Pour donner les certificats qu'on lui demande, le conservateur est obligé de faire des recherches dans de nombreux registres. Les inscriptions conservent leur effet pendant quinze ans; le conservateur devra donc compulser les registres tenus pendant ce laps de temps. Pour lui faciliter ces recherches, la loi du 21 ventôse an VII (art. 18) a prescrit la tenue d'un registre-répertoire; cette disposition a été reproduite par l'article 125 de la loi belge en ces termes : « Les conservateurs tiendront, en outre, un registre sur papier libre; ils y porteront, par extrait, au fur et à mesure de la remise des actes, tous les noms de chaque propriétaire grevé, et, à la case qui lui est destinée, les inscriptions, radiations et autres actes qui le concernent. Ils indiqueront aussi les registres où chacun des actes est porté et le numéro sous lequel il est consigné. » On a signalé une inexactitude de rédaction dans cette disposition. La loi belge ne parle que du propriétaire *grevé*, ce qui implique des inscriptions hypothécaires; de sorte que, à s'en tenir au texte, le répertoire ne devrait pas mentionner les transcriptions, comme le voulait la loi de ventôse. C'est en ce sens que le rapporteur du sénat a entendu l'article 125. A la chambre des représentants, le rapporteur a dit, au contraire, que, par l'expression *propriétaire grevé*, il fallait entendre aussi le propriétaire qui figure dans les actes soumis à la transcription. Mieux eût valu reproduire textuellement l'article 18 de la loi de ventôse; et il était

(1) Voyez les citations dans Martou, t. IV, p. 224, n° 1601.

encore plus simple de s'en rapporter à cette loi pour une mesure purement réglementaire dont la place n'est pas dans un code civil (1).

585. Le certificat des inscriptions donne lieu à des difficultés. Un premier point est incontestable, c'est que le conservateur doit donner le certificat dans les termes de la réquisition. Le requérant peut demander un certificat général de toutes les inscriptions qui grèvent la personne avec laquelle il veut traiter et dont il a intérêt à connaître la situation hypothécaire, ou il peut demander un certificat spécial des inscriptions prises sur l'un des anciens propriétaires. Le conservateur n'a pas à s'enquérir si le certificat ainsi limité est utile au requérant ou non; sa mission et son devoir consistent à délivrer les certificats et à donner les renseignements qu'on lui demande. Le conservateur ne pourrait refuser un certificat limité que si sa responsabilité y était engagée, mais il n'en est rien; la réquisition écrite qui doit lui être faite le couvre entièrement. Il y a un grand nombre d'arrêts qui l'ont décidé ainsi; nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de cassation qui a jugé en principe : « Le devoir du conservateur est de se conformer à la réquisition qui lui est faite, alors que cette réquisition n'a rien de contraire à la loi et que l'acquéreur peut tout aussi bien requérir un certificat limité à certaines charges, qu'un certificat les comprenant toutes. Dans ce cas, la responsabilité du conservateur n'est nullement compromise, puisque, d'après les termes des articles 2197 et 2198, il n'est responsable que des fautes ou omissions qu'il aurait commises, et qu'il n'a aucune faute ou omission à se reprocher lorsqu'il s'est exactement conformé à la demande qui lui était adressée. L'acquéreur, dans ce cas, court seul les chances que peuvent faire naître sa réquisition et la délivrance d'un état ainsi limité. Il suffit au conservateur de transcrire la réquisition en tête du certificat pour avertir les tiers intéressés (2). »

(1) C'est la remarque de Martou, t. IV, p. 214, nº 1590.
(2) Rejet, 26 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 469). Comparez Aubry et Rau (t. III, p. 292, note 17, § 293), et Pont (t. II, p. 671, nº 1441), et les autorités qu'ils citent.

586. D'ordinaire les tiers intéressés requièrent un certificat général des inscriptions prises sur telle personne. On demande si ce certificat doit comprendre toutes les inscriptions qui existent matériellement sur les registres du conservateur. La négative n'est pas douteuse quand les inscriptions sont rayées ou périmées. Une inscription radiée ne produit plus d'effet, elle est considérée comme n'ayant jamais été faite; il en est de même des inscriptions périmées, elles sont effacées par la loi, quoiqu'elles subsistent matériellement. La mention de ces inscriptions serait inutile et frustratoire. Il a été jugé que le conservateur qui avait compris dans son état quatorze inscriptions périmées serait tenu de les supprimer et de restituer les droits perçus à raison de ces inscriptions (1). Il en est de même des inscriptions anciennes dûment renouvelées, quand même elles ne seraient pas périmées par le laps de quinze ans; dès qu'elles sont renouvelées, elles sont effacées, c'est la nouvelle inscription qui doit seule être mentionnée. La cour de cassation a très-bien jugé que si le conservateur devait mentionner toutes les inscriptions, même celles qui seraient renouvelées, le but du renouvellement serait manqué, car le conservateur devrait faire des recherches difficiles et impossibles que le législateur a voulu lui épargner, dans l'intérêt même de la publicité (2).

587. Autre est la question de savoir si le conservateur doit mentionner les inscriptions que l'on prétend être irrégulières, c'est-à-dire nulles. Le conservateur doit les porter sur son état, car il n'est pas juge de la validité des inscriptions; d'ailleurs une inscription nulle est néanmoins une inscription existante; donc elle est comprise dans le texte de la loi. Aux termes de l'article 127 (code civil, art. 2196), les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer copie des inscriptions *existantes*; et l'article 128 (code civil, art. 2197) les déclare responsables du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des inscriptions *existantes*. Cela est conforme aux principes qui

(1) Paris, 21 janvier 1814 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2922, 1°).
(2) Duranton, t. XX, p. 711, n° 433; Rejet, 4 avril 1849 (Dalloz, 1849, 1, 106), et les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 293, note 19, § 293.

régissent les actes nuls. Ces actes produisent leur effet tant qu'ils n'ont pas été annulés; donc, quand le conservateur est requis de délivrer un certificat général, il doit y porter les inscriptions, bien qu'elles soient irrégulières. Cela n'est guère douteux quand il s'agit d'inscriptions irrégulières à raison de l'inobservation de l'une des formalités prescrites par la loi. Dans le système de la loi belge, la nullité dépend du préjudice qui peut résulter de l'irrégularité; ce qui est une question de fait dont le conservateur ne peut pas prévoir la solution. Il en est de même si l'inscription, quoique prise régulièrement, vient à tomber, c'est-à-dire doit être effacée, quand on se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 95 (code civil, art. 2160), où la radiation doit être ordonnée par les tribunaux. C'est aux tribunaux de la prononcer, ce n'est pas au conservateur de décider si l'inscription intéresse ou non les tiers. Dans la théorie des actes nuls, il faut dire que l'inscription, quoiqu'elle soit devenue inopérante et qu'elle n'ait plus de raison d'être, est cependant une inscription existante; ce qui oblige le conservateur à la porter sur son état.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Les conservateurs, dit la cour de Limoges, sont tenus de délivrer un certificat de toutes les inscriptions existantes sur leurs registres, sans aucune distinction entre celles qui sont régulières et celles qui ne le sont pas, la loi n'ayant nullement conféré aux conservateurs le droit de s'ériger en juges du mérite des inscriptions (1). Ce principe a été appliqué, notamment, au cas où l'hypothèque a été concédée pendant l'indivision, par l'un des copropriétaires et que l'immeuble hypothéqué ne tombe pas dans son lot. Cette hypothèque tombe, en vertu du principe de l'article 883, comme ayant été concédée par une personne qui est censée n'avoir jamais eu de droit sur la chose. On peut dire que l'inscription, dans ce cas, est plus que nulle, qu'elle est censée n'avoir jamais été prise et que la loi elle-même l'efface. Sans doute, mais sous la condition que le partage soit valable; si le partage est nul, un nouveau partage

(1) Limoges, 15 février 1842 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2912).

peut mettre l'immeuble hypothéqué dans le lot de celui des copropriétaires qui a concédé l'hypothèque ; l'inscription subsiste donc, et elle pourra être efficace. Cela suffit pour que le conservateur la porte sur son certificat. Si les parties intéressées veulent qu'une inscription soit effacée et ne puisse plus être comprise dans les certificats que le conservateur délivre, elles doivent procéder par voie d'action en radiation ; les tribunaux sont seuls compétents, dit la cour de Paris, pour décider si une inscription doit cesser de subsister sur les registres ; c'est une question de radiation, et il n'appartient qu'aux tribunaux d'ordonner la radiation des inscriptions (1).

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la même cour. L'arrêt dit que le conservateur, soumis à une lourde responsabilité, a, sans aucun doute, le droit de comprendre toutes les inscriptions subsistantes dans ses certificats, mais que l'exercice de ce droit doit être renfermé dans des limites justes et raisonnables. La cour conclut de là qu'il ne peut porter sur ses états des inscriptions s'il est manifeste pour lui qu'elles ont cessé d'exister, ou que l'immeuble est affranchi de l'hypothèque en vertu d'une disposition formelle et précise de la loi (2). C'est constituer le conservateur juge d'une question de droit et compromettre sa responsabilité. Nous préférons la doctrine que la jurisprudence a consacrée et que les auteurs enseignent (3).

N° 4. DES REGISTRES.

588. L'article 124 porte : « Les conservateurs devront tenir :

« 1° Un registre de dépôts, où seront constatées, par numéros d'ordre et à mesure qu'elles s'effectueront, les remises des titres dont on requiert l'inscription ou la transcription ;

« 2° Des registres où seront portées les transcriptions ;

(1) Paris, 17 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 272). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2925, et par Aubry et Rau, t. III, p. 292, note 18, § 268.

(2) Paris, 23 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 146).

(3) Martou, t. IV, p. 230, n°s 1610 et 1611.

« 3° Des registres où seront portées les inscriptions des priviléges et hypothèques et les radiations ou réductions. »

589. Les registres des conservateurs sont des actes authentiques dans le sens de l'article 1317, puisqu'ils sont reçus par des officiers publics ayant mission de constater des faits juridiques dans des formes solennelles requises par la loi. Il suit de là qu'ils font pleine foi (art. 1319), c'est-à-dire qu'ils font foi, jusqu'à inscription de faux, des faits que les conservateurs constatent. Ainsi la mention d'une remise de bordereaux faite sur le registre de dépôts ne peut pas être combattue par témoins; il faut dire plus, elle ne peut être combattue que par l'inscription en faux (1). C'est l'application des principes qui régissent la foi due aux actes authentiques. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur la preuve littérale.

590. C'est parce que les registres des conservateurs font foi comme actes authentiques que la loi prescrit des formalités qui ont pour but d'empêcher toute interpolation ou suppression. L'article 131 porte : « Tous les registres des conservateurs, à l'exception de celui énoncé en l'article 125, sont en papier timbré, cotés et parafés à chaque feuillet par premier et dernier, par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi. » La loi fait exception pour le registre de l'article 125, c'est-à-dire pour le répertoire, parce que ce registre n'est prescrit que pour faciliter les recherches du conservateur; il n'intéresse pas les tiers et ne peut leur être opposé.

Le code civil voulait (art. 2201) que tous les registres du conservateur fussent arrêtés chaque jour, comme les registres d'enregistrement des actes. D'après la loi belge (art. 131), cette formalité ne doit être remplie que pour le registre des dépôts; c'est ce registre qui fait preuve de la remise des actes et donne rang aux déposants; il a semblé aux auteurs de la loi qu'il était inutile d'arrêter, chaque jour, les autres registres (2). C'est une simplification, mais

(1) Martou, t. IV, p. 212, n° 1588 *bis*.
(2) Rapport de la commission spéciale et Rapport de la commission du sénat.

les lois simples ne sont pas toujours les meilleures. Les tiers ne consultent pas le registre des dépôts, ils consultent les registres des inscriptions et des transcriptions, qui seuls font foi à leur égard ; il était donc bon de maintenir la règle du code civil comme une garantie pour les tiers.

591. « Les mentions de dépôts, les inscriptions et les transcriptions sont faites sur les registres de suite, sans aucun blanc ni interligne, à peine, contre le conservateur, de 500 à 2,000 francs d'amende et des dommages-intérêts des parties, payables par préférence à l'amende » (art. 133). C'est une formalité analogue à celle que la loi sur le notariat prescrit pour les actes authentiques.

SECTION II. — De la responsabilité du conservateur.

592. Le conservateur est responsable, envers l'Etat, comme préposé à la recette des droits perçus au profit du trésor en matière hypothécaire. Il est responsable, envers les particuliers, comme officier public chargé de l'accomplissement des formalités que la loi prescrit pour la conservation des priviléges et hypothèques et pour la transcription des droits réels immobiliers. Nous n'avons à nous occuper que de la responsabilité imposée aux conservateurs dans l'intérêt des tiers qui sont obligés d'avoir recours à leur ministère. Cette responsabilité est civile ou pénale.

§ Ier. *De la responsabilité civile.*

N° 1. PRINCIPE.

593. Les conservateurs sont responsables du préjudice qu'ils causent aux particuliers en ne remplissant pas leurs fonctions, ou en commettant des fautes dans cet accomplissement. Ce n'est pas en ces termes que l'article 128 (code civil, art. 2197) pose le principe de la responsabilité ; il énumère deux cas dans lesquels les conservateurs sont responsables. On a prétendu que cette disposition restreignait la responsabilité du conservateur aux cas qu'elle

prévoit; cette interprétation est si évidemment erronée, que les tribunaux l'ont toujours repoussée, sans même prendre la peine de la combattre (1). L'article 128 n'est que l'application d'un principe général : tout fonctionnaire est responsable du préjudice qu'il cause à un particulier dans l'accomplissement de ses fonctions. Ce principe, basé sur les articles 1382 et 1383, doit s'appliquer aux conservateurs, non-seulement dans les cas que la loi prévoit, mais dans tous les cas où, par leur faute, ils causent un préjudice. La rédaction de l'article 128 n'est pas restrictive, et elle ne saurait l'être, puisqu'il est de l'essence de la responsabilité d'être générale.

594. Puisque la responsabilité des conservateurs est une conséquence du principe établi par les articles 1382 et 1383, il faut appliquer les règles que nous avons établies, au titre des *Obligations*, sur la responsabilité des fonctionnaires. Pour qu'ils soient responsables, il faut qu'ils aient commis une faute et que cette faute ait causé un préjudice. Quand y a-t-il faute? quand y a-t-il préjudice? Sur ces points, nous renvoyons à la théorie de la faute aquilienne (t. XX, n°s 502, 503 et 515). Les principes généraux reçoivent leur application aux conservateurs, puisque la loi n'y déroge pas.

595. La loi garantit l'action en responsabilité que les tiers ont contre les conservateurs, en imposant à ceux-ci l'obligation de fournir un cautionnement. Ce cautionnement est exclusivement affecté aux condamnations que les conservateurs encourent à raison du préjudice qu'ils causent dans l'exercice de leurs fonctions (2).

596. Grenier pose sur la responsabilité des conservateurs un principe d'interprétation que la plupart des auteurs reproduisent. « Les devoirs qui leur sont imposés, dit-il, sont très-pénibles, et les suites en seraient funestes pour eux si l'on n'apportait un juste tempérament dans l'application des lois qui les concernent. On doit d'autant plus être animé de cet esprit que la responsabilité est une espèce

(1) Bruxelles, 12 juin 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 208).
(2) Loi du 21 ventôse an VII, articles 5-8. Aubry et Rau, t. III, p 288, et note 2, § 268.

de peine qui, de sa nature, mérite plutôt d'être adoucie que d'être aggravée. Ainsi les conservateurs ne doivent subir une condamnation en garantie qu'autant que l'omission ou la négligence qu'on leur impute est une contravention positive à ce qui leur est prescrit, et qu'il en résulte une déchéance irréparable contre un créancier ou un acquéreur (1). »

Martou dit que les tribunaux n'ont tenu aucun compte de ce prétendu principe, et il leur donne raison contre la doctrine (2). Il nous paraît évident que Grenier est dans l'erreur. En droit, cela n'est pas douteux. La responsabilité résultant des quasi-délits est sévère de son essence, et c'est la dénaturer que de la rendre illusoire, ou à peu près, en recommandant au juge d'être indulgent pour les fautes que les conservateurs commettent dans l'exercice de leurs fonctions. Le même motif d'indulgence pourrait être invoqué par les notaires et autres officiers publics. Que dis-je? Tout auteur d'un fait dommageable pourrait s'en prévaloir. Il est dur, en effet, d'être tenu des suites souvent incalculables de la moindre négligence et de la moindre imprudence. Mais l'indulgence que l'on témoignerait à l'auteur du fait dommageable serait une iniquité pour la partie lésée ; et la partie lésée, c'est non-seulement le particulier qui éprouve un dommage, c'est aussi la société, qui est intéressée à ce que la fortune des hommes ne soit pas compromise par la négligence ou l'impéritie des officiers publics auxquels les tiers sont obligés de s'adresser pour sauvegarder leurs droits. Si leurs droits, au lieu d'être garantis, sont détruits, n'est-il pas de toute justice qu'ils aient un recours contre l'auteur du fait dommageable? Le droit et l'équité sont pour la victime, et non pour le coupable.

Ce n'est pas à dire que les tribunaux ne jouissent d'un pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir résulte de la nature même de la responsabilité. Il faut d'abord une faute; c'est là une question de fait qui est décidée souverainement

(1) Grenier, t. II, p. 292, nº 531. Troplong, t. IV, nº 1001. Pont, t. II, p. 672, nº 1444.
(2) Martou, t. IV, p. 234, nº 1617.

par les tribunaux. En second lieu, il faut un préjudice; sur ce point, les tribunaux jouissent d'une grande latitude : il y a des degrés dans les fautes, et la condamnation doit être proportionnée à la gravité de la faute qui est imputée au conservateur. Celui-ci ne doit donc pas nécessairement être condamné à réparer tout le préjudice que le tiers a éprouvé, il ne doit de réparation que pour le préjudice qui est résulté de sa faute : c'est l'expression de l'article 128 (code civil, art. 2197). Telle est la seule modération que les tribunaux peuvent apporter au principe de responsabilité, et cette modération est commandée, non par l'indulgence, mais par la justice (1). Les tribunaux doivent encore tenir compte de la faute dont le tiers se serait rendu coupable, soit pour exempter le conservateur de la responsabilité, soit pour la modérer. C'est encore un principe général en cette matière; nous y reviendrons.

N° 2. FAUTE.

I. *Des fautes commises en matière d'inscriptions.*

597. Aux termes de l'article 128 (code civil, art. 2197), les conservateurs sont responsables du préjudice résultant : 1° de l'*omission*, sur leurs registres, des transcriptions d'actes soumis à cette formalité et des inscriptions requises en leurs bureaux. » L'article 130 (code civil, art. 2199) ajoute que, dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent *refuser* ni *retarder* les transcriptions ou inscriptions. La prohibition paraît absolue; de sorte que le conservateur serait en faute pour le seul fait d'avoir *refusé* d'opérer une transcription ou une inscription. Toutefois la défense n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air. La faute, en supposant qu'elle soit constante, ne suffit point pour que le conservateur soit responsable; il faut qu'il soit résulté de sa faute un préjudice pour celui qui a requis la transcription ou

(1) Voyez mon t. XX, n° 530. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 296, note 30, § 268. Martou, t. III, p. 233, n° 1614.

l'inscription, et le préjudice ne se conçoit que si le requérant avait un droit à sauvegarder; si donc l'acte qu'il présente au conservateur pour être transcrit ou inscrit était inexistant ou nul, le conservateur ne serait pas responsable. Il y a plus : le conservateur pourrait encourir une responsabilité s'il inscrivait un privilége ou une hypothèque, alors qu'il n'y aurait ni hypothèque ni privilége. C'est pour le mettre à l'abri de cette responsabilité que la loi exige que le créancier représente l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque (art. 83; code civil, art. 2148). Si le conservateur inscrivait sans se faire représenter la preuve authentique du droit de celui qui requiert l'inscription, et si le requérant était sans droit, le conservateur serait certainement en faute; et s'il en résultait un préjudice, il serait condamné aux dommages-intérêts. Il ne faut donc pas prendre à la lettre la disposition de l'article 130 : le conservateur peut être responsable pour avoir inscrit, comme il peut l'être pour n'avoir pas inscrit. L'article 130 doit être combiné avec l'article 83 : il ne saurait y avoir faute à refuser l'inscription quand il y aurait faute à la faire.

Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Il faut aller plus loin et dire que si le requérant n'a point de privilége ni d'hypothèque, le conservateur doit refuser l'inscription quand le prétendu créancier n'a ni titre à produire, ni loi en sa faveur. Voici le cas qui s'est présenté devant la cour d'Agen. Un cohéritier requiert inscription sur les immeubles de la succession, pendant l'indivision, pour la garantie de ses droits. Le conservateur refuse. Etait-il dans son droit? Dans l'espèce, il n'y avait pas de privilége; la loi accorde un privilége pour les créances qui naissent du partage, elle n'en donne pas aux copropriétaires par indivis, qui n'ont pas besoin d'une garantie, puisqu'ils sont, non créanciers, mais propriétaires. La question était donc de savoir si le conservateur doit inscrire un privilége sans qu'il y ait une loi qui l'accorde. Il a été jugé qu'il ne peut pas dépendre du premier venu de grever d'inscriptions hypothécaires les biens d'un tiers; ce serait forcer celui-ci d'agir en justice pour obtenir la radiation

de l'inscription. Quand la loi fait un devoir au conservateur d'inscrire, elle suppose qu'il existe un droit hypothécaire qui doit être conservé; là où il n'y a pas de droit, on ne conçoit pas qu'une inscription puisse être requise. On dira qu'il n'appartient pas au conservateur de se constituer juge en cette matière; nous répondons que la loi lui donne le droit d'exiger la preuve authentique de l'existence du privilége ou de l'hypothèque; s'il n'y a pas d'acte à représenter, il faut un texte de loi. Or, dans l'espèce, le requérant n'invoquait ni acte ni texte, ce qui était décisif (1).

598. La loi ne prévoit pas le cas où le conservateur transcrit ou inscrit sur la réquisition qui lui en est faite, mais, par sa faute, la transcription ou l'inscription sont annulées. Sera-t-il responsable? L'affirmative est certaine, puisque la responsabilité est une règle générale; elle devrait recevoir son application au conservateur, quand même la loi n'aurait rien statué à son égard. Dès qu'il y a faute et préjudice, le conservateur doit être condamné aux dommages-intérêts (n° 593).

Les cours ont fait de nombreuses applications de ce principe à la nullité des inscriptions (2). C'est pour donner au requérant un moyen de prouver que la nullité est imputable au conservateur que la loi exige deux bordereaux, dont l'un est remis au créancier; la comparaison de ce bordereau avec l'inscription prouvera que la nullité doit être imputée au conservateur, si le bordereau est valable et que l'inscription soit nulle. Par contre, l'autre bordereau reste au bureau de conservation afin d'établir, s'il y a lieu, que le bordereau est nul; ce qui affranchit le conservateur de toute responsabilité. D'ordinaire l'inscription est faite par le commis du conservateur; dans ce cas, le conservateur est responsable à titre de commettant (article 1384). Il en serait de même, et par identité de mo-

(1) Agen, 30 novembre 1852, et sur pourvoi, Rejet, 3 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 2, 27, et 1, 14). Pont, t. II, p. 668, n° 1434).

(2) Liége, 10 février 1816 et Bruxelles, 12 juin 1828 (*Pasicrisie*, 1816, p. 41; 1828, p. 208). Voyez la jurisprudence française dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n°s 2967 et 2968.

tifs, si le conservateur empêché avait été remplacé par un fonctionnaire de l'enregistrement (1), sauf son recours contre l'auteur du fait dommageable. C'est le droit commun, tel que nous l'avons exposé au titre des *Délits et quasi-délits*.

Il est arrivé que l'un des bordereaux était valable et que l'autre était nul. C'est au conservateur de les comparer et de faire l'inscription sur le bordereau valable. Toutefois, comme dans ce cas le requérant est aussi en faute, les tribunaux peuvent décider en fait que sa négligence a induit le conservateur en erreur et que, par suite, le conservateur cesse d'être responsable (2). Le juge pourrait aussi, d'après les circonstances, diviser la responsabilité, comme nous le dirons plus loin.

II. *État des inscriptions.*

599. L'article 128 déclare encore les conservateurs responsables « du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou plusieurs des transcriptions ou inscriptions existantes ». Dans ce cas, le tiers qui traite dans l'ignorance des droits réels ou des inscriptions non mentionnés dans le certificat sera lésé, et il aura, par conséquent, une action en dommages-intérêts contre le conservateur qui est en faute pour avoir délivré un certificat incomplet.

Le cas inverse s'est présenté. Dans un état d'inscriptions délivré à un tiers acquéreur, le conservateur avait compris par erreur des inscriptions qui ne grevaient pas les biens vendus. C'était une faute; restait à savoir s'il en était résulté un préjudice. L'acquéreur, menacé par les inscriptions qu'il devait croire réelles, consigna son prix, au lieu de le payer. Il en résulta une perte pour le vendeur, qui, au lieu de recevoir son prix ou les intérêts légaux, ne toucha que le faible intérêt que paye la caisse de consigna-

(1) Bordeaux, 24 juin 1813 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2967, 1°).
(2) Rejet, 17 novembre 1824 et 29 avril 1829 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 2967, 4° et 2968).

tion. Le conservateur a été déclaré responsable de ce préjudice (1).

600. L'article 129 prévoit un cas spécial. Un tiers acquéreur qui veut purger demande au conservateur un état des inscriptions qui grèvent l'immeuble. Le conservateur en omet une ou plusieurs. Il est en faute, et cette faute peut causer un préjudice. De là responsabilité. Nous disons qu'il peut y avoir préjudice; il se peut aussi qu'il n'y en ait pas. En effet, la loi donne au créancier omis le droit de requérir la surenchère s'il se trouve encore dans le délai utile, et, par suite, de se faire colloquer dans l'ordre. Peu importe que les notifications ne lui aient pas été signifiées; il ne tient pas le droit de surenchère des notifications, il le tient de son hypothèque. Si donc il a connaissance de la purge, indépendamment des notifications, rien ne l'empêche d'exercer tous ses droits, aussi bien que s'il avait été compris dans le certificat du conservateur. Dans ce cas, il n'éprouve aucun préjudice, et, partant, le conservateur ne sera pas tenu des dommages-intérêts, bien qu'il soit en faute. La loi donne encore au créancier le droit de se faire colloquer dans l'ordre, suivant le rang de son inscription, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre ouvert entre les créanciers n'est pas devenu définitif. Si le créancier est colloqué pour toute sa créance, il n'éprouve aucun préjudice; par suite, le conservateur n'est pas responsable. Mais s'il n'est pas colloqué, ou s'il ne l'est que pour partie, il pourra réclamer des dommages-intérêts, en se fondant sur ce qu'il n'a pas pu exercer le droit de surenchère.

Ici se présente une difficulté : est-ce que le créancier omis, et qui, n'ayant aucune connaissance de la purge, ne s'y présente pas et n'est pas colloqué alors qu'il aurait pu l'être, perdra son droit hypothécaire? Ou le conservera-t-il contre l'acquéreur qui a purgé? La question est de savoir qui supportera les conséquences de la faute du conservateur, le créancier omis ou le tiers acquéreur. Il n'y a aucune faute à reprocher ni à l'un ni à l'autre; sous ce

(1) Rejet, 30 janvier 1867, deux arrêts (Dalloz, 1867, 1, 302).

rapport, leur situation est la même; la loi s'est prononcée en faveur du tiers acquéreur, parce que le but de la purge est d'effacer les priviléges et hypothèques qui grèvent l'immeuble. Il y a un intérêt public à ce que l'immeuble soit affranchi des charges hypothécaires lorsque l'acquéreur a rempli toutes les formalités prescrites par la loi. Si, malgré cela, il restait soumis à l'hypothèque du créancier omis, la purge n'offrirait pas au tiers acquéreur la garantie à laquelle il a droit, et, par suite, le but de la loi serait manqué. La loi ajoute cependant une condition : « pourvu que la demande du certificat indique clairement le débiteur à charge duquel les inscriptions ont été prises ». Si la demande du tiers acquéreur n'indique pas clairement le nom du débiteur, alors c'est lui qui est en faute, et il doit en supporter la conséquence; dans ce cas, l'immeuble restera grevé de l'inscription que le conservateur a omise.

Quand l'immeuble est affranchi de l'inscription omise, le créancier aura-t-il une action en responsabilité contre le conservateur? La loi ne dit pas que le conservateur est responsable, mais elle n'avait pas besoin de le dire; en effet, l'article 128 dispose, en termes généraux, que le conservateur est responsable du préjudice résultant du défaut de mention, dans un certificat, d'une inscription existante. Il était inutile de le répéter dans l'article 129 : le but de cette disposition n'est pas de déterminer si le conservateur est responsable, mais de décider si l'omission de l'inscription, en cas de purge, nuit au créancier ou au tiers acquéreur (1).

601. L'application de l'article 129 fait naître quelques difficultés. D'après le code civil (art. 2198), l'immeuble purgé n'était affranchi de l'inscription omise que sous la condition que le certificat eût été requis depuis la transcription du titre du tiers acquéreur. La loi belge ne reproduit pas cette disposition de l'article 2198, mais elle la remplace par une disposition plus claire, en disant : *en cas de purge*; ce qui implique que le titre a été transcrit, puisque la purge ne peut pas avoir lieu avant la transcription

(1) Martou, t. IV, p. 241, nos 1624-1628. Delebecque, p. 426, no 609.

(n° 440). Les mots *en cas de purge* marquent encore que l'article 129 n'est pas applicable au cas où la demande de certificat aurait été faite avant la transcription du titre, à une époque, par conséquent, où le tiers acquéreur ne pouvait pas avoir l'intention de purger. C'est seulement quand le nouveau propriétaire purge qu'il peut invoquer le bénéfice de l'article 129, car c'est moins dans son intérêt privé que dans un intérêt public que la loi affranchit l'immeuble de l'inscription que le conservateur a omise dans son certificat (1).

602. La loi donne au créancier omis le droit de surenchérir ; elle ne dit pas dans quel délai ce droit doit être exercé. Ce ne peut être dans les quarante jours à partir des notifications, puisque le créancier omis n'en a reçu aucune. Il y a lacune dans la loi ; le moyen le plus rationnel de la combler, c'est de donner au créancier omis le délai le plus long, c'est-à-dire celui dont jouit le créancier qui a reçu les dernières notifications ; en effet, le créancier omis doit avoir le droit de surenchérir aussi longtemps que l'un des créanciers se trouve encore dans le délai utile (2).

III. *Radiation.*

603. La loi soumet la radiation des inscriptions à des conditions très-sévères, afin d'éviter que le conservateur ne radie des inscriptions qui doivent encore subsister. De là de nombreuses difficultés entre le conservateur et ceux qui requièrent la radiation. Quel est le droit du conservateur? Que peut-il faire pour se mettre à l'abri de la responsabilité dont il est menacé? Nous avons examiné les questions qui touchent de près à la responsabilité en traitant de la radiation (n°s 208-220). Il est facile, d'après cela, de déterminer les cas dans lesquels le conservateur est responsable.

(1) Martou, t. IV, p. 239, n° 1622. Comparez Bruxelles, 3 mars 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 320).
(2) Martou, t. IV, p. 243, n° 1626, d'après Petit, *Traité des surenchères*, p. 307.

Le conservateur des hypothèques a le droit de vérifier la régularité des actes que le requérant doit présenter pour opérer la radiation. Il est donc responsable quand il radie une inscription en vertu d'un acte de mainlevée irrégulier dans la forme et, par suite, nul, si la nullité en a été prononcée; de même s'il radie en vertu d'un jugement qui n'était pas passé en force de chose jugée et qui a été réformé depuis la radiation.

Le conservateur a encore le droit de vérifier la capacité de celui qui a consenti la mainlevée. Par suite, il est responsable de la radiation qu'il a opérée quand la mainlevée a été consentie par un incapable, soit que l'incapacité fût légale, soit qu'elle résultât des conventions matrimoniales. Il serait également responsable s'il avait radié une inscription en vertu d'un acte de mainlevée consenti par un administrateur, ou un mandataire sans pouvoir suffisant, car il peut refuser de radier si le mandataire ne justifie point de sa qualité (1).

IV. *Quand le conservateur n'est-il pas en faute*

604. Aux termes de l'article 128 (code civil, art. 2197), les conservateurs ne sont pas responsables du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une transcription ou d'une inscription, quand l'erreur provient de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées. C'est l'application d'un principe général : la responsabilité suppose une faute; si aucune faute ne peut être imputée au conservateur, il n'est pas responsable de l'irrégularité de l'acte auquel il a procédé. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de ce principe. Comme la difficulté est toujours de fait, nous nous bornerons à donner quelques exemples empruntés à la jurisprudence de la cour de cassation.

On requiert du conservateur des hypothèques un état des inscriptions existant contre *Pierre Lemœuf, officier marin*. Le conservateur mentionna, dans son état, toutes

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 294, et notes 25-29, § 268.

les inscriptions prises contre le débiteur ainsi qualifié. Il ne mentionna pas une inscription existant contre *Pierre-Marie-Julien Lemœuf, capitaine caboteur*, lequel se trouvait être le même que *Pierre Lemœuf, officier marin*; mais rien, dans les faits de la cause, n'indiquait cette identité. Il y avait une grande différence dans les prénoms; il était constaté que la profession d'*officier marin* et celle de *capitaine caboteur* différaient. A l'époque de l'inscription prise par le demandeur en cassation, il y avait dans la commune sept individus portant le nom de Lemœuf, dont cinq exerçaient la profession d'officier marin; et le conservateur avait ouvert deux comptes distincts sur ses registres, l'un sous le nom de *Pierre Lemœuf, officier marin,* l'autre sous le nom de *Pierre-Marie-Julien Lemœuf, capitaine caboteur*. Dans cet état des faits, dit la cour de cassation, les désignations données par le demandeur étaient insuffisantes, et c'est cette insuffisance qui était la cause de l'erreur où était tombé le conservateur; il devait donc être déchargé de toute responsabilité (1).

A plus forte raison le conservateur est-il sans faute quand il s'agit de noms d'une langue étrangère; il doit s'en tenir, dans ce cas, littéralement aux noms tels qu'ils figurent dans les actes transcrits ou inscrits et dans la réquisition que le tiers lui fait; toute différence doit lui faire croire qu'il s'agit de débiteurs différents. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, l'acte de réquisition désignait la débitrice sous les noms de *Baya bent Sidi Salale Bey,* et l'inscription était prise sur *Fatma Lella Baya, fille de Salale Bey*. Le conservateur s'en tint à la lettre des actes, et, voyant dans l'un cinq noms et dans l'autre trois noms seulement, il crut qu'il s'agissait de deux personnes différentes, bien qu'en réalité ce fût la même et que dans la traduction française il ne restât qu'une différence de prénom (2).

Il va de soi que le même principe reçoit son application à la mainlevée de l'inscription. Si, d'après les actes que le

(1) Rejet, chambre civile, 19 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 24). Comparez Cassation, 25 juin 1821 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2972, 2°).
(2) Rejet, 22 août 1853 (Dalloz, 1854, 1, 364).

conservateur se fait représenter et, notamment, d'après le contrat de mariage, le conservateur doit croire que la mainlevée est régulière, il n'est pas responsable, quoique la radiation ait été faite sans titre suffisant (1).

605. Quand la faute est commune au conservateur et au requérant, ou à un tiers, le tribunal peut diminuer l'étendue de la responsabilité qui incombe au conservateur, ou diviser la responsabilité entre les divers auteurs du fait dommageable. C'est le droit commun ; nous avons dit ailleurs que la jurisprudence a aggravé la responsabilité en matière de délits civils et de quasi-délits, en étendant aux auteurs la solidarité que la loi prononce en matière criminelle (t. XX, n° 541). Cette jurisprudence explique la décision suivante. Un notaire rédige un acte de mainlevée et se trompe de numéro. L'inscription dont le créancier consentait la mainlevée concernait une rente viagère de 520 francs, au capital de 4,000 francs; tandis que l'inscription dont, par erreur, l'acte portait mainlevée, était de 1,040 francs, au capital de 8,000 francs. Celle-ci fut radiée, et, par suite, le créancier se trouva privé de sa garantie hypothécaire. Le notaire était en faute, cela est évident. Mais le conservateur aussi était coupable de négligence. La cour de Lyon dit très-bien que l'on ne peut pas exiger du conservateur qu'il fasse une étude approfondie des actes de mainlevée qui lui sont journellement présentés, mais au moins doit-il lire l'acte qui donne le pouvoir de radier; or, dans l'espèce, il aurait suffi que le conservateur eût lu en entier l'acte de mainlevée pour s'apercevoir de l'erreur de chiffre que le notaire avait commise. La cour en conclut qu'il n'avait pas lu avec une attention ordinaire l'acte en vertu duquel il avait radié l'inscription ; ce qui était certes plus que la faute dite aquilienne des articles 1382 et 1383. Enfin, le créancier lui-même n'était pas sans faute, car, étant partie à l'acte, il pouvait et devait savoir, par la lecture que l'officier public avait dû en faire, que la mainlevée portait sur une rente autre que celle dont il entendait consentir la radiation ; il aurait donc

(1) Rejet, chambre civile, 13 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 296).

dû réclamer; s'il ne l'avait pas fait, cela prouvait qu'il n'avait pas écouté la lecture et qu'il avait signé l'acte sans s'être enquis du contenu. La cour en conclut que la responsabilité du conservateur et du notaire ne devait pas comprendre la totalité de la créance; elle la réduisit, en conséquence, au taux de 10 pour cent du capital, et condamna les deux officiers publics solidairement au payement de la rente ainsi réduite. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que l'arrêt attaqué n'avait fait qu'apprécier les faits et circonstances de la cause (1).

N° 3. PRÉJUDICE.

606. L'article 128 (code civil, art. 2197) dit que les conservateurs sont responsables du *préjudice* résultant de l'inaccomplissement des obligations que la loi leur impose. Il faut qu'il y ait préjudice, puisque l'action en responsabilité conclut à des dommages-intérêts, et il ne peut y avoir de condamnation à des dommages-intérêts là où il n'y a pas de dommage causé. Le préjudice ne suffit point; il doit résulter de la faute du conservateur. C'est le dommage résultant de sa faute que le conservateur doit réparer. Il suit de là que la condamnation du conservateur ne comprend pas nécessairement tout le dommage que la partie lésée éprouve. Le conservateur a négligé d'inscrire une hypothèque, ou l'inscription est nulle par sa faute. Sera-t-il condamné à rembourser au créancier le montant de la créance? Il faut voir quel est le préjudice que la faute du conservateur cause au créancier. Le préjudice peut être nul; il en serait ainsi dans le cas où le créancier n'aurait pas été colloqué en ordre utile, alors même que l'inscription eût été valablement faite. Par la même raison, le préjudice peut n'être que d'une partie de la créance : si le créancier, en supposant l'hypothèque inscrite, avait été colloqué seulement pour la moitié de sa créance, c'est cette moitié qui constitue le préjudice que le créancier éprouve

(1) Rejet, chambre civile, 19 avril 1836 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2978, 1°). Comparez Martou, t. IV, p. 235, n° 1618; Aubry et Rau, t. III, p. 296, et note 31, § 268.

par la faute du conservateur, et c'est dans cette limite que le juge prononcera la condamnation. La cour de cassation a formulé le principe en ces termes : « La responsabilité du conservateur ne peut être engagée que par une faute dommageable, et cette responsabilité est limitée aux sommes pour lesquelles, sans cette faute, le créancier aurait été utilement colloqué (1). » Nous avons donné des applications du principe en traitant de la faute du conservateur.

607. C'est le demandeur qui doit prouver le préjudice et la quotité du préjudice. Tel est le droit commun. Le conservateur peut aussi se prévaloir du droit commun, en demandant que les dommages-intérêts soient modérés à raison de la faute de la partie lésée; il serait aussi admis demander la division de la responsabilité (n° 605).

608. Faut-il aller plus loin et dire que le conservateur, quoique coupable d'une faute qui par elle-même cause un dommage, est déchargé de toute responsabilité si le demandeur était également en faute et si cette faute eût suffi pour causer le préjudice dont il se plaint? La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une espèce où l'inscription était nulle par la faute du conservateur, mais il y avait une autre cause de nullité, imputable au demandeur; la cour en conclut que le demandeur était sans intérêt, puisque la faute du conservateur ne constituait pas un fait dommageable (2). Cela est admissible quand il est certain que l'inscription eût été annulée par la faute de la partie lésée et indépendamment de la faute du conservateur. Dans le système du code civil, on pouvait décider, en droit, que l'inscription était nulle pour inobservation d'une formalité substantielle. Il n'en est plus ainsi sous l'empire de la loi belge; l'inscription ne peut être annulée que si l'irrégularité a causé un préjudice à un tiers; il en résulte que si l'inscription est annulée pour une irrégularité imputable au conservateur, celui-ci sera responsable, sans qu'il

(1) Rejet, 3 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 14). Comparez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n°s 2967, 1°, 2978, 3° et 2981.

(2) Bruxelles, 31 décembre 1808 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2996).

puisse opposer au demandeur qu'il y a un autre vice, car on ne sait pas si ce vice aurait entraîné la nullité de l'inscription.

Le principe invoqué par la cour de Bruxelles recevrait son application si l'hypothèque pour laquelle une inscription irrégulière a été faite par le conservateur était nulle, par exemple pour défaut de spécialité (1). Dans ce cas, le créancier invoquerait vainement la faute du conservateur, on lui répondrait que cette faute n'a pas fait périr son droit, puisqu'il n'avait point de droit : qu'importe que l'inscription soit régulière ou irrégulière, alors qu'il n'y avait pas d'hypothèque à conserver?

609. Le conservateur peut-il être condamné aux dépens quand il n'y a pas de préjudice? Toute partie qui succombe doit être condamnée aux dépens. Cette règle reçoit son application au conservateur. Il refuse d'opérer une radiation ; un procès s'engage, et le juge décide que le refus du conservateur n'est pas légitime. Il sera condamné aux dépens, c'est la loi commune de ceux qui plaident ; on plaide toujours à ses risques et périls, et la loi n'a pas fait exception à ce principe pour le conservateur. Par cela seul que le tribunal ordonne la radiation refusée par le conservateur, il est prouvé que celui-ci a eu tort; cette faute, quelque légère qu'elle soit, suffit pour l'application des articles 1382 et 1383; il est donc juste que le conservateur soit tenu des frais qu'il a occasionnés (n° 221).

610. La loi du 11 brumaire an VII portait (art. 53) : « Le conservateur sera subrogé de droit aux actions que les créanciers qu'il aura été obligé de payer avaient contre le débiteur originaire. » Cette disposition n'a pas été reproduite par le code civil, ni par la loi belge, sans doute parce qu'elle est inutile, la subrogation existant au profit du conservateur en vertu de l'article 1251, n° 3. Cela est généralement admis (2). Il y a cependant un motif de douter. L'article 1251 suppose que celui qui paye est tenu avec d'autres ou pour d'autres. Tels sont les codébiteurs, cau-

(1) Dijon, 23 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 2972, 4°).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 297, note 38, § 268, et les autorités qu'ils citent. Ajoutez Martou, t. IV, p. 236, n° 1620.

tions et tiers détenteurs; ils sont tenus comme débiteurs personnels ou hypothécaires, tandis que le conservateur est tenu en vertu de son délit ou de son quasi-délit; la situation est toute différente. Appliquer l'article 1251 au conservateur, ce serait donc étendre une subrogation légale, et cela ne se peut.

611. Le conservateur, responsable de l'irrégularité de ses actes, est intéressé à les rectifier : en a-t-il le droit? Oui, dans les limites tracées par l'article 134, qui est ainsi conçu : « Le conservateur peut opérer, à ses frais, la rectification des erreurs qu'il aurait commises en portant sur ses registres, mais seulement à la date courante, une transcription des actes et bordereaux, précédée d'une note qui relatera la première transcription. » C'est la reproduction d'un avis du conseil d'Etat (1). Le conservateur ne peut pas corriger les écritures portées sur ses registres; tous les registres publics sont soumis à cette loi, les actes qui y sont inscrits ou transcrits donnent des droits à des tiers; dès lors ils doivent subsister avec les erreurs qui s'y trouvent. Mais rien n'empêche que l'officier public qui a commis une irrégularité fasse une nouvelle inscription qui n'aura d'effet, à l'égard des tiers, que du jour où elle aura été prise; de sorte que les tiers peuvent se prévaloir des droits qu'ils auraient acquis en vertu de l'inscription irrégulière. Afin qu'ils sachent que l'inscription nouvelle est une inscription rectifiée, la loi veut que le conservateur inscrive en tête de la rectification une note relatant l'acte irrégulier. Les conservateurs ne seront donc affranchis de la responsabilité qu'ils peuvent avoir encourue que pour l'avenir.

612. Quelle est la durée de la responsabilité du conservateur? La loi du 21 ventôse an VII contient, sur ce point, les dispositions suivantes. Aux termes des articles 5 et 6, le conservateur est tenu de fournir un cautionnement en immeubles. L'article 7 est ainsi conçu : « L'inscription du cautionnement sera faite à la diligence et aux frais du préposé; elle subsistera pendant toute la durée de la responsabilité, sans avoir besoin d'être renouvelée. » Et l'ar-

(1) Du 11 décembre 1810, approuvé le 26 (Locré, t. VIII, p. 300).

ticle 8 porte : « Le cautionnement ci-dessus demeure spécialement et exclusivement affecté à la responsabilité du préposé à la conservation des hypothèques pour les erreurs et omissions dont la loi le rend garant à l'égard des citoyens. Cette affectation subsistera *pendant toute la durée des fonctions* et *dix ans après*, passé lequel délai les biens servant de cautionnement seront affranchis de plein droit de toutes actions en recours qui n'auraient pas été intentées dans cet intervalle. »

Ainsi le cautionnement fourni par le conservateur subsiste pendant toute la durée de sa responsabilité ; il s'ensuit que la durée du cautionnement et celle de la responsabilité sont corrélatives : le conservateur doit un cautionnement pendant tout le temps qu'il est responsable, et lorsqu'il ne doit plus de cautionnement, il cesse d'être responsable. Or, aux termes de l'article 8 que nous venons de transcrire, le conservateur est libéré de son cautionnement dix ans après la cessation de ses fonctions; donc, après ce délai, il est également libéré de sa responsabilité. Affranchi de l'action réelle née du cautionnement, il est par cela même à l'abri de toute action personnelle. La cour de cassation l'a jugé ainsi en cassant un arrêt de la cour de Liége qui avait décidé que le conservateur était responsable pendant trente ans après la cessation de ses fonctions, d'après le droit commun qui fixe à ce délai la durée de toute action (1). La loi de l'an VII déroge, sous ce rapport, à la règle de l'article 2262. Mais la dérogation suppose que le conservateur a cessé ses fonctions. Tant qu'il les exerce, il n'est pas dans l'exception, il reste sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que le conservateur est responsable pendant trente ans. Peu importe que dix ans se soient écoulés depuis que l'action est née : tant que le conservateur reste en fonctions, la prescription spéciale de dix ans n'est pas applicable (2).

(1) Cassation, 22 juillet 1816, après délibéré en chambre du conseil (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 3008).

(2) Rejet, 2 décembre 1816, après délibéré en chambre du conseil (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 3010). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 298, et notes 39 et 40, § 268, et les autorités qu'ils citent.

§ II. *Responsabilité pénale.*

613. L'article 132 (code civil, art. 2202) porte : « Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de 50 francs à 1,000 francs pour la première contravention. En cas de récidive, l'amende sera double et la destitution pourra même être prononcée, selon les circonstances; le tout sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende. » Cette disposition déroge au code civil en ce qui concerne le minimum des amendes; l'article 2200 le fixait à 200 francs. On a dit, et avec raison, que des pénalités excessives n'étaient jamais appliquées : en dépassant le but, le législateur le manque (1).

La responsabilité pénale peut concourir avec la responsabilité civile; l'article 139 le suppose, et tel est le droit commun. Dans ce cas, les dommages et intérêts sont payés avant l'amende; le cautionnement du conservateur est avant tout destiné à garantir le recours que les tiers ont contre lui à raison de sa responsabilité. Il se peut aussi que le conservateur n'encoure pas de responsabilité civile, parce qu'il n'est résulté aucun préjudice de la faute qu'il a commise. Dans ce cas, il sera néanmoins passible de l'amende, puisque la peine est établie dans un intérêt public, et elle s'applique quand même la contravention n'aurait lésé aucun intérêt privé.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES.

614. La loi belge déroge, en des points très-importants, au code Napoléon. Elle soumet à la transcription les actes entre-vifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que les baux qui dépassent neuf ans ou qui contiennent quittance anticipative d'au moins trois ans de loyer. Elle applique aux hypothèques légales des incapa-

(1) Lelièvre, dans la séance de la chambre des représentants du 11 février 1851 (Parent, p. 356).

bles les principes de publicité et de spécialité; elle abolit l'hypothèque judiciaire, elle innove en matière de purge et de prescription. Ces dispositions nouvelles devaient-elles entrer en vigueur après la publication de la loi? Ou fallait-il maintenir l'ancien système pour les actes qui se seraient accomplis sous l'empire du code civil? Le législateur belge a cru qu'il convenait de mettre immédiatement à exécution les améliorations qu'il avait apportées à la législation antérieure; le système contraire aurait présenté le grave inconvénient de laisser en vigueur une loi ancienne et la loi nouvelle qui y déroge; ainsi il y aurait eu des hypothèques légales, générales et occultes à côté d'hypothèques légales, spéciales et publiques. Cette coexistence de deux législations contraires aurait encore eu le désavantage que la génération actuelle aurait été privée des bienfaits de la nouvelle loi. Le système auquel le législateur s'est arrêté simplifie l'application de la loi en mettant le passé en harmonie avec la législation nouvelle, et il fait profiter de ses bienfaits la génération qui les a désirés et réalisés (1).

Il y avait cependant un écueil à ce désir d'unité : c'est qu'en appliquant la loi aux faits accomplis avant sa publication, on ne portât atteinte au principe de la non-rétroactivité de la loi. Ce principe, très-mal compris et d'une application très-difficile, ne lie pas le législateur, il est vrai; il y a eu des lois rétroactives, mais le législateur ne doit pas toujours faire ce qu'il a le pouvoir de faire; quand des droits sont réellement acquis, il doit les respecter. Reste à savoir quels droits sont acquis. Les auteurs de la loi belge ont considéré comme tels les droits de propriété immobilière qui, sous l'empire du code Napoléon, s'acquéraient, à l'égard des tiers, sans aucune publicité; nous avons dit ailleurs qu'ils auraient pu soumettre ces actes à la transcription, sans encourir le reproche d'avoir fait rétroagir la loi nouvelle (t. Ier, n° 220). Cela témoigne du respect que le législateur a pour les droits qui n'étaient pas même acquis. Il n'en est pas de même des priviléges et hypothèques; le législateur les a soumis, quoique nés sous

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 169).

l'empire d'une loi ancienne, aux principes et aux formalités établis par la nouvelle loi. En cela il n'a pas violé la règle de la non-rétroactivité, comme nous l'avons dit en traitant de cette difficile matière (t. Ier, n° 217).

Nous croyons inutile d'entrer dans tous les détails des dispositions transitoires et d'exposer les difficultés auxquelles elles ont donné lieu, la plupart de ces dispositions n'ayant plus d'intérêt; il suffi à notre but de montrer comment le système du code Napoléon a été remplacé par le système de la loi belge.

N° 1. DE L'INSCRIPTION DES DROITS OCCULTES.

615. Aux termes de l'article 1er, « tous priviléges et hypothèques existants sans inscription au moment où la présente loi sera obligatoire devront être inscrits dans l'année qui suivra la mise en vigueur et dans les formes établies par l'article 89. » Dans le système du code, les priviléges généraux sur les meubles portaient aussi sur les immeubles (art. 2101 et 2104), et ils étaient dispensés de la publicité (art. 2107). La loi nouvelle les y soumet, à l'exception des frais de justice, qui, d'après la loi belge, sont aussi exceptés de la règle de publicité (art. 29). Quant aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, elles existaient, d'après l'article 2135, indépendamment de toute inscription. Tous ces droits occultes ont dû être inscrits dans l'année de la publication de notre loi, laquelle est entrée en vigueur le 1er janvier 1852; l'année accordée pour opérer l'inscription a donc expiré au 31 décembre 1852. Si l'inscription n'a pas été faite dans ce délai, elle pourra encore se faire, mais le créancier perdra le rang que lui assurait le code civil, et qu'il aurait conservé en prenant inscription dans le délai d'un an; l'inscription tardive n'aura d'effet que du jour où elle a été prise; de plus, les priviléges dégénéreront en hypothèques et le créancier sera, par suite, déchu de l'action résolutoire (art. 4). Cette dernière disposition concerne le privilége du vendeur qui devait, à la vérité, être inscrit, mais sans fixation de délai, l'inscription rétroagissant au jour du

contrat. D'après l'article 2, ce privilége a dû être inscrit dans les six mois.

La loi soumet à la publicité les hypothèques légales nées sous l'empire du code Napoléon; restait à déterminer qui serait chargé de les inscrire. Ce sont d'abord les maris et tuteurs, sous peine de tous dommages et intérêts; puis la loi dispose que l'inscription pourra être requise par la femme, ses parents et ceux du mari jusqu'au quatrième degré, par le juge de paix et le procureur du roi.

N° 2. DU RENOUVELLEMENT DES INSCRIPTIONS.

616. D'après le code Napoléon, l'inscription conservait le privilége et l'hypothèque pendant dix années (art. 2154); la loi belge maintient le principe de la péremption après un certain délai, en l'étendant à quinze ans. Par suite, il fallait régler quelle serait la durée des inscriptions prises avant la publication de la nouvelle loi. Tel est l'objet de l'article 8, ainsi conçu : « Toutes les inscriptions actuellement existantes conserveront leurs effets pendant quinze années, depuis et y compris le jour de leur date. A défaut de renouvellement dans ce délai, ces inscriptions seront périmées. Le renouvellement doit se faire dans les formes prescrites par la présente loi. »

N° 3. SPÉCIALISATION DES HYPOTHÈQUES GÉNÉRALES.

617. Sous l'empire du code Napoléon, les priviléges généraux sur les meubles frappaient aussi la généralité des immeubles. Les hypothèques légales et judiciaires étaient générales (art. 2104, 2122, 2123). Il y avait encore des hypothèques conventionnelles générales, antérieures à la loi de brumaire, et que cette loi avait dispensées de la spécialisation. Enfin il existe dans quelques provinces une hypothèque générale résultant du payement d'un certain nombre d'annuités de rente : c'est ce que les coutumes appellent des *payes*. Dans l'évêché de Liége, dix

payes successives et uniformes créaient une hypothèque générale sur les biens du débirentier (1).

La loi belge soumet les hypothèques antérieures à la spécialité aussi bien qu'à la publicité; la publicité eût été insuffisante si les hypothèques étaient restées générales. L'article 9 contient, à cet égard, la disposition suivante : « *Toutes* hypothèques, *tous* priviléges pour lesquels, au moment où la présente loi sera obligatoire, il aura été pris valablement inscription sans indication de l'espèce et de la situation de chacun des immeubles affectés à la créance, devront, pour conserver leurs effets, être inscrits dans l'année, à compter du jour où la loi nouvelle sera exécutoire, savoir : les hypothèques légales, dans la forme prescrite par l'article 89, et les hypothèques judiciaires, conformément aux règles prescrites par l'article 83. »

618. Les hypothèques générales, nées sous le code civil, sont maintenues, en ce sens qu'elles continuent à frapper les biens à venir du débiteur; c'est là un droit qui était acquis au créancier, en vertu de la loi ou du jugement. Mais la loi a cherché à concilier l'intérêt des tiers avec le droit du créancier hypothécaire. Aux termes de l'article 10, « les hypothèques légales et judiciaires acquises antérieurement à la mise en vigueur de la présente loi ne frapperont les immeubles que le débiteur acquerra par la suite, qu'au moyen d'inscriptions ultérieures requises dans les formes qu'elle prescrit ». Ainsi la loi n'autorise pas la réduction des hypothèques générales; elle veille seulement à ce qu'elles soient spécialisées par l'inscription qui en doit être prise. Mais le code civil ouvrait une action en réduction des inscriptions excessives prises en vertu des hypothèques générales (art. 2160-2165); celle-là est maintenue (art. 9).

619. Quel sera le rang des hypothèques générales en ce qui concerne les inscriptions qui doivent être prises au fur et à mesure que le débiteur fait de nouvelles acquisitions? L'article 10 contient à cet égard la disposition suivante : « Ces inscriptions donneront rang à l'hypo-

(1) Lelièvre, 3e Rapport (Parent, p. 195 et suiv.). Comparez Lelièvre, *Questions de droit concernant les coutumes de Namur*, p. 40 et suiv

thèque à la date de la transcription des actes soumis à cette formalité, et à dater du jour de l'acquisition dans les cas où cette transcription n'est pas requise, si ces inscriptions sont prises dans le délai de trois mois à partir d'une de ces époques; si elles sont prises après ce délai, elles n'auront rang qu'à leur date (1) ».

N° 4. PRESCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE.

620. Le code civil admet l'extinction de l'hypothèque par l'effet de la prescription acquisitive de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi, tandis que la loi belge la rejette. De là la question de savoir si le tiers détenteur qui a commencé à usucaper la liberté de son fonds en vertu de l'article 2180, pourra continuer à prescrire, après la publication de la loi nouvelle. L'article 11 décide la difficulté : « La prescription commencée au moment où la loi actuelle deviendra obligatoire sera réglée conformément aux dispositions du code civil. » Il ne faut pas croire que le législateur maintienne le cours de la prescription parce qu'il y a droit acquis; la prescription commencée ne donne pas de droit acquis. Nous reviendrons sur ce principe au titre qui est le siége de la matière. Les auteurs de la loi belge ont suivi l'exemple du législateur français (art. 2281) : ce sont des dispositions d'équité qui ont pour objet de ménager la transition d'une loi ancienne à une législation nouvelle.

N° 5. PURGE.

621. Le code Napoléon ne fixait pas de délai pour l'accomplissement des formalités de la purge, tant que le tiers détenteur n'était pas poursuivi par les créanciers hypothécaires. D'après la loi belge, le nouveau propriétaire doit purger dans l'année de la transcription de son titre

(1) Voyez la critique que Martou fait de cette disposition (t. IV, p. 282, n° 1676).

(art. 111). L'article 12 des dispositions transitoires porte : « Le tiers détenteur qui voudrait purger la propriété acquise par un contrat antérieur à l'époque à laquelle la présente loi sera exécutoire, devra exercer cette faculté dans l'année de sa mise en vigueur. » Il ne peut pas être question de droit acquis en cette matière. Le législateur aurait pu abolir la purge; à plus forte raison peut-il en subordonner l'exercice aux conditions qu'il juge nécessaires.

TITRE XX.

(TITRE XIX DU CODE CIVIL.)

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

Les dispositions de ce titre ont été reproduites dans la loi du 15 août 1854. Cette matière appartient à la procédure.

FIN DU TOME TRENTE ET UNIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE XIX (titre XVIII du code civil). — Des priviléges et hypothèques (suite).

CHAPITRE IV. — De l'inscription des priviléges et hypothèques.

§ Ier. *Où et par qui se fait l'inscription.*

§ II. *Qui peut requérir l'inscription?*

§ III. *Sur qui l'inscription doit-elle être prise?*

§ IV. *Quand l'inscription peut-elle ou doit-elle être prise?*

§ V. *En vertu de quels actes l'inscription peut-elle être requise?*

§ VI. *Comment se prend l'inscription?*

V. *Des intérêts de la créance.*

VI. *De l'époque de l'exigibilité.*

VII. *De la nature et de la situation des immeubles.*

N° 2. Des formalités spéciales prescrites par les articles 84 et 89.

I. *De l'article* 84.

II. *De l'article* 89.

CHAPITRE VI. — DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

§ Ier. *Notions générales.*

§ II. *Des conditions requises pour l'exercice du droit de suite.*

§ III. *Des exceptions qui appartiennent au tiers détenteur.*

§ IV. *Du payement des dettes par le tiers détenteur.*

§ V. *Du délaissement.*

N° 1. Notions générales.

N° 2. Qui peut délaisser.

I. *Ceux qui sont débiteurs personnels ne peuvent pas délaisser.*

§ VII. *Résolution des droits du constituant.*

§ VIII. *Consolidation.*

§ IX. *De la perte de la chose.*

N° 1. Principe.

N° 2. De l'indemnité à laquelle les créanciers ont droit en cas de perte.

CHAPITRE IX. — DU MODE DE PURGER LES PROPRIÉTÉS DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

SECTION I. — *Notions générales.*

§ Ier. *Objet de la purge.*

§ II. *Qui peut purger.*

§ III. *Quels biens peuvent être purgés.*

§ III. *Cas dans lesquels la purge a lieu de plein droit.*

SECTION II. — *Conditions de la purge.*

§ Ier. *De la transcription.*

§ II. *Des notifications.*

N° 1. Extrait du titre.

N° 2. Mention de la transcription.

N° 3. Tableau des inscriptions.

N° 4. Conséquence de l'inobservation de ces formalités.

§ V. ***Droit des créanciers de requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques.***

N° 1. Quand y a-t-il lieu à l'exercice de ce droit?

N° 2. Qui peut surenchérir.

N° 3. De la capacité requise pour surenchérir.

N° 4. Dans quel délai la surenchère doit-elle se faire?

N° 10. De la mise en vente.

N° 11. Du cas où il n'y a pas de surenchère.

N° 12. Formalités spéciales dans les cas prévus par l'article 122

CHAPITRE X. — DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

§ 1er. *Des obligations du conservateur.*

N° 1. De ses fonctions.

N° 2. Des inscriptions et transcriptions.

N° 3. Copies et certificats.

N° 4. Des registres.